

**SÚMULA 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
VERDADEIRO RETROCESSO NA SEARA DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Autor: Telmo Mendes Martins¹

Orientador (a): Patrícia Mattos Amatto Rodrigues²

SUMÁRIO: Introdução. 1. As relações de consumo e seu regramento atual. 2. Dos princípios reguladores da relação de consumo. 3. A inversão do ônus da prova justificada pelo princípio da vulnerabilidade. 4. A súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça e sua incoerência sistêmica. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO:

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi promulgado para regulamentar o artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988, que determinou a promoção dos direitos do consumidor pelo Estado, visando equilibrar as relações de consumo praticadas no país. Tanto os princípios orientadores do CDC, como suas normas jurídicas propriamente ditas, são investidos de interesse social e, por isso, denominados de ordem pública, lançados para preservar a ordem econômica e social. O Supremo Tribunal de Justiça – STJ editou súmula 381, publicada em 05 de maio de 2009, muito criticada pela comunidade jurídica, proibindo aos juízes reconhecerem, sem provocação do consumidor, as cláusulas abusivas inerentes aos contratos bancários. A incoerência sistêmica da referida súmula e o retrocesso que impõe na tutela dos consumidores é o que se conclui.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula 381 STJ. Direitos do Consumidor. Princípios das Relações de Consumo. Inversão do Ônus da Prova.

¹ Telmo Mendes Martins – graduando em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos - Ubá; e-mail: tmm138@yahoo.com.br.

² Patrícia Mattos Amatto Rodrigues – (Profª. do curso de Direito da FUPAC/Ubá, graduada em Direito pela UFJF, especialista em Direito Civil pela PUC/Minas e mestre em Economia Familiar pela UFV).

INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade de consumo, onde, cotidianamente, se protagoniza relações de consumos para realizações de necessidades e desejos. Ocorre que por muito tempo ficamos a mercê dos fornecedores sem uma devida proteção legal, ou seja, tínhamos que adquirir produtos e serviços impostos pelo mercado econômico e financeiro sem qualquer garantia de satisfação, qualidade e segurança.

Diante de tamanha vulnerabilidade dos consumidores frente aos anseios do capitalismo pós-moderno, foi instituído como direito fundamental em nossa Carta Magna de 1988 a defesa do direito do consumidor. Posteriormente, objetivando equilibrar as relações de consumo praticadas no país foi promulgada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como o Código de defesa do consumidor.

Inovadora, a legislação consumerista trouxe consigo conceitos e diretrizes importantes, como a indicação de que as relações bancárias e financeiras em geral, classificadas como serviços, seriam por isto, submetidas ao Código de Defesa do Consumidor, por se tratarem de atividades condicionadas a remuneração.

Embora não haja dúvida acerca de sua aplicabilidade, o Superior Tribunal de Justiça editou no dia 05 de maio de 2009 a súmula nº 381: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, iniciando um debate sobre sua coerência sistêmica, tendo em vista que referida súmula enunciou orientação contrária as normas e princípios estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Levantou-se então, questionamentos doutrinários sobre o objetivo desta orientação, já que a exclusão do reconhecimento de ofício pelo juiz sobre a nulidade das cláusulas abusivas confronta a regra de que as nulidades podem ser declaradas de ofício pelo juízo.

Portanto, o presente estudo possui como objetivo de analisar a súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, confrontando-a com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, sob as diretrizes constitucionais.

O tema escolhido se justifica em face da discrepância normativa da súmula frente à legislação consumerista vigente, bem como duvidosa constitucionalidade. Assim, o estudo a seguir tentará demonstrar o equívoco ocasionado pela orientação sumulada ora destacada, registrando opinião, em sede de conclusão, pelo seu cancelamento.

1. AS RELAÇÕES DE CONSUMO E SEU REGRAMENTO ATUAL.

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, foi promulgado para regulamentar o artigo 5º, XXXII,³ da Constituição Federal de 1988, que determinou a promoção dos direitos do consumidor pelo Estado, visando equilibrar as relações de consumo praticadas no país.

Entende-se por a relação jurídica de consumo a que se estabelece entre consumidor e fornecedor, tendo por objeto a aquisição pelo primeiro de produtos e/ou serviços produzidos, fabricados, distribuídos ou comercializados pelo segundo com habitualidade e profissionalismo.

Importante consignar então o conceito de consumidor e fornecedor como forma de identificar uma relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor – CDC facilita esta identificação na medida em que estabelece em seu artigo 3º o conceito de fornecedor, afirmando:

“Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem **atividade** de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Diante de tal descrição merece destaque a palavra **atividade**, que segundo entendimento doutrinário pressupõe habitualidade e profissionalismo, isto é, deve ser realizada com certa periodicidade, podendo ser rotineira ou eventual, e de forma profissional, mediante remuneração.

Noutro ponto, vale destacar também que são considerados fornecedores os profissionais liberais, as sociedades de fato, a Administração Pública, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos e a massa falida, desde que estejam imbuídos dos pressupostos supramencionados.

Quanto ao conceito de consumidor, o Código de Defesa do Consumidor trouxe em seu artigo 2º uma concepção “**stricto sensu**”, estabelecendo que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica, que adquire ou utiliza, produto ou serviço, como destinatário final.”

³ Artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Não está claro no referido diploma o que se deve entender por “destinatário final”, sendo o alcance desta expressão palco de diversos debates, dando origem a várias teorias que se propõe a desvendar sua real dimensão.

Por não ser objeto do presente artigo, tais teorias não serão aqui explicitadas ou discutidas, sendo certo que este autor adota a teoria denominada “Finalista Moderada”, que classifica como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, produtos ou serviços, como destinatário fático, ou seja, não adquire com o propósito de revenda, podendo ou não ser destinatário econômico, isto é fazer uso profissional do bem adquirido ou utilizado. Na primeira hipótese dispensa-se a comprovação da vulnerabilidade, na segunda, por não ser destinatário econômico, a vulnerabilidade deverá ser comprovada.⁴

Neste sentido, Benjamim, Marques e Bessa (2009, p.71), adotam a teoria finalista moderada para consumidor:

“Para essa teoria, é possível considerar a pessoa jurídica e o profissional consumidor se, no caso concreto, for demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou fática, elemento este que é o centro para o qual convergem as normas consumeristas e que, portanto, deve orientar a sua interpretação”.

Fortalecendo a teoria finalista moderada, igualmente, há que se destacar a posição do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica pela ementa do acórdão que segue:

“Direito do consumidor – Recurso Especial – Conceito de consumidor – Critério Subjetivo ou finalista – Mitigação – Pessoa Jurídica – Excepcionalidade – Vulnerabilidade – Constatação na hipótese dos autos – Prática abusiva – Oferta inadequada – Característica, quantidade e composição do produto – Equiparação (art. 29) – Decadência – Inexistência Relação jurídica sob a premissa de trato sucessivo – Renovação e compromisso – Vício oculto. A relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável, de um lado

⁴ Restando evidenciada a dificuldade em estabelecer uma definição apropriada de consumidor, desta controvérsia surgiram três correntes jurídicas: a teoria finalista, a teoria maximalista e a teoria finalista moderada. Pela primeira corrente entende-se que o conceito de consumidor baseia-se na ideia de destinatário final, envolvendo o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, para consumo próprio e sem fim lucrativo. Já a segunda corrente, qual seja, maximalista, entende que o CDC regula o consumo de forma geral, onde o destinatário fático do produto é aquele que retira o produto da cadeia de consumo, configurando-se, assim, consumidor. Por fim, a terceira corrente, majoritária nos tribunais pátrios, associou a pessoa jurídica ao conceito de consumidor, desde que adquira o produto ou serviço como destinatário final. Percebe-se, então, que para esta corrente, é possível que a pessoa jurídica e o profissional serem considerados consumidores, desde que vulneráveis na relação consumerista. Esta vulnerabilidade pode ser tanto técnica, como jurídica ou fática, tratando-se a identificação da vulnerabilidade como centro para o qual se direciona a proteção consumerista, orientando a sua interpretação.

(consumidor) e de um outro fornecedor. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas as práticas abusivas. (STJ, Resp 476428/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005).”

Desta maneira, havendo, então, a identificação de negócio jurídico praticado entre consumidor e fornecedor, esta relação jurídica será obrigatória e prioritariamente regulada do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de norma especial.

Segundo a jurista Cláudia Lima Marques (2002), tanto os princípios orientadores do CDC, como suas normas jurídicas propriamente ditas, são investidos de interesse social e, por isso, denominados de ordem pública, lançados para preservar a ordem econômica e social, sendo obrigatoriamente aplicados a relações consumeristas, não podendo, sequer, serem derogados por cláusula contratual.

Nesta ordem de ideias, as relações bancárias e financeiras em geral também são submetidas às normas do Código de Defesa do Consumidor que, por expressa previsão, as conceituou como serviço, sendo considerado como atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, a teor do disposto no artigo 3º, §2º⁵.

Logo, entende-se que as instituições financeiras e bancárias são prestadoras de serviço submetendo-se ao CDC, norma protetiva e que visa tutelar e promover os interesses da parte mais fraca das relações de consumo – qual seja, os consumidores. Fortalecendo este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 297, nos seguintes termos: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

2. DOS PRINCÍPIOS REGULADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

⁵ Artigo 3º, §2º, CDC: Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Princípio basilar do Direito, a boa fé exige que as partes de uma relação jurídica se comportem de forma correta durante todas as fases do negócio, ou seja, desde as negociações preliminares, até sua formação e execução. Encontra-se regulamentado no artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé”.

O referido princípio impõe que as partes que mantenham um padrão de conduta ética, honesta e leal, nos moldes do entendimento comum da sociedade, sendo observadas as características dos usos e costumes do lugar. Assim, o princípio da boa-fé é uma cláusula geral que se aplica as mais diversas relações obrigacionais, desdobrando-se na boa fé subjetiva ou psicológica e na objetiva ou ética.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007), a boa-fé subjetiva já encontrava guarida no Código Civil de 1916, possuindo natureza jurídica de interpretação do negócio jurídico, referente ao conhecimento ou ignorância do contratante dos fatos que envolvem o negócio realizado, funcionando como regra de proteção da parte que contrata com a consciência de estar agindo conforme o direito, mesmo que equivocada. Diz-se subjetiva porque o intérprete deve considerar a intenção do sujeito, ou seja, seu estado psicológico ou íntima convicção.

Por seu turno, a boa fé objetiva, inovação decorrente do Código Civil de 2002, relaciona-se a um estado de consciência do indivíduo para agir em conformidade ao direito, ao que é certo e ético, aplicáveis no campo dos direitos reais, principalmente nas matérias de posse, sendo fundamentada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem se comportar de boa fé em todas as relações jurídicas, sendo, portanto, regra de conduta e, por isso, também chamada de boa fé ética. (WALD, 2008).

Assim, o artigo 4º, III⁶, do Código de Defesa do Consumidor determina que a boa fé objetiva deve ser tratada como princípio a ser respeitado para adequar os interesses dos integrantes da relação de consumo, de forma a harmonizar os interesses das partes, com especial proteção ao consumidor.

Percebe-se que a boa fé é, ao mesmo tempo, como uma forma de conduta e comportamento, fundada na honestidade e na lealdade, sem causar prejuízo a terceiro em função de artimanhas torpes.

⁶ Artigo 4º, III, do CDC: harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Outro princípio de grande destaque no regramento e julgamento de lides afetas às relações de consumo é o da transparência, insculpido no artigo 6º, III ⁷, da Lei nº 8.078/90. Tal dispositivo indica ser direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com as especificações corretas referentes à quantidade, qualidade, composição e riscos que por ventura existam em caso de consumo do produto ou serviço.

Estas regras conceituam o princípio da transparência, que tem por objetivo oferecer informações precisas sobre o objeto do consumo, deixando a cargo do consumidor a escolha por determinados produtos ou serviços, em detrimento de outros, sem, como dito, macular sua vontade.

Assim, o princípio da transparência mantém íntima relação com os princípios da publicidade e da informação, vez que requer clareza e precisão na veiculação publicidade, impondo aos fornecedores o dever de informar corretamente aos consumidores sobre os produtos e serviços anunciados, aplicáveis, portanto, diante de toda política de publicidade adotada pelo fornecedor para alcançar seu objetivo, qual seja, comercializar seu produto ou prestar seus serviços. Neste sentido, o artigo 36⁸ do CDC proíbe qualquer forma de publicidade enganosa ou abusiva, mesmo que de forma omissiva.

O fornecedor deve, portanto, usar de todo o cuidado na veiculação da publicidade de seus produtos e serviços, com fincas a não induzir o consumidor a erro, devendo oferecer todas as informações sobre o produto com total clareza.

Fora neste sentido que a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; editou as resoluções nº 359 e 360, ambas de 2003, determinando a obrigatoriedade da tabela de informação nutricional nos rótulos dos alimentos, com objetivo de evitar engano, pelo consumidor, em relação à natureza, composição e procedência do produto.

3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA JUSTIFICADA PELO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

⁷Artigo 6º, III, do CDC: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que se apresentem;

⁸ Artigo 36 do CDC: A publicidade deve ser veicula de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

O CDC prevê a inversão do ônus da prova em favor do consumidor em seu artigo 6º, VIII⁹, como forma de facilitação e viabilidade da defesa dos seus direitos, desde que estejam presentes algumas condições.

O princípio da vulnerabilidade, estabelecido no artigo 4º da legislação consumerista¹⁰, norteia a política nacional das relações de consumo, reconhecendo ser o consumidor, pessoa hipossuficiente nestas relações, merecendo especial proteção legal, com o objetivo de equilibrar a relação jurídica estabelecida entre as partes.

Por vulnerável entende-se, segundo Flávio Tartuce (2009):

“(...) a parte mais fraca da relação, sendo, pois, reconhecidamente, o consumidor, tanto no aspecto econômico, técnico e jurídico ou científico, tendo em vista ser o fornecedor o agente que possui com larga superioridade e maior força econômica, bem como detentor de maiores conhecimentos específicos quanto ao objeto da relação de consumo, ou seja, o produto em si consumido. Logo, a vulnerabilidade deve ser admitida como direito material.”

Na mesma lógica, João Batista de Almeida (2010) leciona que:

“Os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real. Nos termos do art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, entendendo-se daí que deve os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades”.

A vulnerabilidade do consumidor é patente, no entanto, caberá ao juiz analisar em cada caso sua aplicação, excetuando os expressamente estipulados na legislação, como excepcionalmente prevê o artigo 38¹¹, no entanto, constatando o magistrado qualquer um dos requisitos para a inversão do ônus da prova, após verificar que as alegações do autor são verossímeis, segundo as regras ordinárias de experiência, ou que o consumidor é hipossuficiente, deverá inverter o ônus da prova em favor deste.

Neste sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a saber:

⁹ Artigo 6, VII, do CDC: 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 hipossuficiente, segundo regras ordinárias de experiência.

¹⁰ Artigo 4º, I, do CDC: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹¹ Artigo 38, CDC: O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

EMENTA: (...) REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - CDC - APLICABILIDADE - CLÁUSULAS ABUSIVAS - **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA** - NECESSIDADE. As operações de crédito de qualquer espécie, desde que realizadas entre os bancos, na qualidade de peticionantes e seus **consumidores**, destinatários do dinheiro disponibilizado via contrato de adesão submetem-se à proteção do Código de Defesa do **Consumidor**. Em se tratando de relação de consumo deve o **ônus da prova** ser transferido ao fornecedor. A nulidade de pleno **direito** determinada no artigo 51 do CDC deve ser declarada não em favor de uma das partes, mas em nome da sociedade, traduzindo-se como um dever do Julgador, decorrente do mesmo espírito que embasa o artigo 187 do CCB, norma que também reconhece que pratica um ilícito aquele que excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (Apelação Cível nº 1.0394.10.011073-0/001, Relator: Des. Tibúrcio Marques, data de julgamento 13/09/2012. TJMG).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MENSAGENS OFENSIVAS (SMS) - ORIGEM - APURAÇÃO - PERÍCIA - **PROVA** INDISPENSÁVEL - CDC - APLICAÇÃO - **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA** - POSSIBILIDADE - HIPOSSUFICIÊNCIA DO **CONSUMIDOR** - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ARGUIDA DE OFÍCIO - CASSAÇÃO QUE SE IMPÕE. O CDC é aplicável aos casos em que se verifica a existência de uma relação consumerista havida entre as partes. Em se tratando de relação de consumo e restando evidente nos autos a hipossuficiência do **consumidor** em relação à **prova** de que o dano por ele suportado adveio de falha no serviço do fornecedor, é de lhe ser deferida a **inversão do ônus da prova**. Se a **prova** técnica necessária ao deslinde da demanda não foi produzida, precipitado foi o julgamento da lide, e, no contexto destes autos, inafastável o reconhecimento de que houve cerceamento ao **direito** de defesa da parte autora, haja vista que as informações necessárias à produção da **prova** poderiam ser fornecidas pela ré, como expressamente admitiu. A teor do que dispõe o art. 130 do CPC, aos julgadores de primeira e segunda instância é assegurado poderes instrutórios, a fim de que possam formar sua convicção com base em **provas** conclusivas e seguras, tendo, para tal desiderato, o poder de converter o julgamento em diligência, sempre que necessária a complementação da **prova**, ao visto de possibilitar uma solução correta e justa para a lide posta à sua apreciação, mormente se a **prova** técnica pode ser produzida e se mostra indispensável à solução do litígio. (Apelação Cível, nº 1.0024.06.229851-8/005, Relator: Des. Luciano Pinto, data de julgamento 11/10/2012. TJMG).

4. A SÚMULA 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA INCOERÊNCIA SISTÊMICA

Como o já visto, embora a proteção consumerista se aplique às relações jurídicas de natureza bancária, o Supremo Tribunal de Justiça – STJ, editou súmula 381, publicada em 05 de maio de 2009, muito criticada pela comunidade jurídica, proibindo aos juízes reconhecerem, sem provocação do consumidor, as cláusulas abusivas inerentes aos contratos

bancários. Eis sua redação: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Sobre a literalidade do texto, podemos ainda identificar um protecionismo escandaloso frente às instituições financeiras, ou seja, a proibição somente se aplica aos contratos bancários, deixando os demais a margem de tal apreciação, ferindo, por conseguinte o princípio da isonomia constitucional.

Sobre a referida súmula, entende o ilustre jurista Flávio Tartuce (2007) que a mesma contraria a Constituição Federal, bem como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, posto ter excluído o reconhecimento de ofício da nulidade das cláusulas abusivas, desconsiderando a hipossuficiência do consumidor em juízo.

De início, causa estranheza a edição da súmula 381 do STJ, tendo em vista que as instituições bancárias têm suas atividades reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor. No que se refere às cláusulas abusivas, tem-se que estas são consideradas nulas de pleno direito, tendo em vista que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, sendo incompatíveis com a boa fé (MARQUES, 2006).

Assim, necessário considerar que o artigo 51 da Lei 8.078/90¹², ao tratar especificadamente das cláusulas abusivas, reputou-as “nulas de pleno direito”, e, como não há nenhuma exceção legalmente prevista, tal dispositivo aplica-se as relações de consumo protagonizadas por instituições financeiras e/ou bancárias.

Registre-se, por oportuno, ser procedimento comum na prática comercial das instituições bancárias a exigência de encargos e valores abusivos, causando fortes desequilíbrios e prejuízos financeiros ao consumidor, estando configurada a deslealdade.

Utilizando-se a referida súmula 381, entende-se que o consumidor só conseguirá invalidar cláusulas abusivas se formular pedido expresso ao Poder Judiciário, mediante revisão do contrato estipulado, o que, por certo dificultará tal invalidação, vez que o consumidor é parte hipossuficiente nas relações de consumo. Tal súmula parece desconsiderar tal realidade, beneficiando as instituições financeiras e bancárias, quando fornecedoras.

Não se pode negar, de outra maneira, que a inversão do ônus da prova é uma possibilidade que não garante o favorecimento ao consumidor no deslinde da demanda jurídica, ou seja, a simples inversão do ônus probatório não reverterá, por si só, o mal causado

¹² Artigo 51 do CDC: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

pela súmula 381 do STJ, tendo em vista que referido comando pressupõe a percepção do consumidor sobre a abusividade da cláusula.

Todavia, esta presunção é incoerente com as normas protetoras das relações de consumo, ao passo que, de início, ofende aos princípios norteadores do CDC, notadamente os princípios da vulnerabilidade, boa-fé, transparência, publicidade e informação, todos elencados no Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido Guglinski (2012):

“(...) com vistas nos fundamentos alinhados, percebe-se que o STJ andou mal ao editar a Súmula nº 381, pois, no nosso entender, produziu norma que enfraquece os poderes do magistrado que se depara com um contrato bancário abusivo. No fim, resta um alento: felizmente a súmula em questão é doutrinariamente enquadrada como inconstitucional ou *contra legem*, como alguns preferem chamar, pois firma entendimento flagrantemente incompatível com o texto constitucional e com o texto legal, e não possui efeito vinculante, porquanto não foi editada pelo STF, dentro das formalidades requeridas. Assim, mesmo com este “golpe” normativo, permanecem os juízes com liberdade para decidir de forma justa, isto é, com poderes para conhecer, *ex officio*, de eventuais abusividades nos contratos bancários.”

Ainda, há que se ressaltar a força normativa principiológica do CDC, o que corrobora, destarte, a incompatibilidade da súmula 381 do STJ, reduzindo a aplicabilidade e relevância da súmula 297 que preceitua: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”. Aliás, tal súmula está a contrariar posicionamento do próprio STJ, como se percebe no registro abaixo:

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

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor trouxe significativas inovações no cenário jurídico brasileiro, notadamente quanto ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação consumerista, objetivando dar maior equilíbrio a relação jurídica estabelecida.

Inúmeras foram também as conquistas com o advento deste código. Cumpri destacar, os princípios da boa fé, publicidade, informação e transparência em que se fundamenta o texto legal descrito, bem como a possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, o que de fato, concretiza a real possibilidade de defesa de seus direitos em juízo.

No entanto, a edição da súmula nº 381 pelo Superior Tribunal de Justiça configurou-se em verdadeiro retrocesso no âmbito do Direito do Consumidor, por retirar as instituições financeiras e bancárias da aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor, no que toca ao reconhecimento, de ofício, das cláusulas abusivas.

Sabem-se lá quais os reais motivos levaram a edição de tal súmula, certo é que houve também, um privilégio das instituições bancárias em detrimento aos demais fornecedores inseridos nas relações de consumo, vez que a referida súmula se direciona apenas para as instituições bancárias, afetando, desta maneira, de forma absurda, o princípio constitucional da isonomia.

De forma incompreensível o Superior Tribunal de Justiça, contrapondo seus próprios julgados, o Código Civil Brasileiro, os princípios norteadores do direito e a Constituição Federal, entra na contramão da história com a edição do verbete sumular em questão, posto que remonta aos tempos do passado, onde as garantias e os privilégios eram simplesmente em favor dos economicamente superiores.

Por derradeiro, registre-se, por oportuno, ser procedimento comum na prática comercial das instituições bancárias a exigência de encargos e valores abusivos, causando fortes desequilíbrios e prejuízos financeiros ao consumidor, estando configurada a deslealdade e o retrocesso nos direitos dos consumidores. Portanto, a súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça deve ser cancelada, por questão de justiça demonstrada neste estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; editou as resoluções nº 359 e 360, ambas de 2003.

Arnoldo Wald - Direito Civil - Vol. 1 - Introdução e Parte Geral - 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC ° 359, de 23 de dezembro de 2003. Aprova regulamento técnico de porções de alimentos embalados.

_____. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC ° 360, de 23 de dezembro de 2003. Aprova regulamento técnico de porções de alimentos embalados.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos; BESSA, Leonardo Rosco; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor - 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, DF, 1988.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, DF, 1973.

_____. Lei 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Senado, DF, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: vol 1 – parte geral**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **A infelicidade da súmula nº 381 do STJ**. Disponível em:<
http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10297&revista_caderno=10>.
Acesso em: 22 out. 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 222.