

# TÍTULO: CONTROLE DO CONTRATO DE MÚTUO AO CONSUMIDOR

Marcus Vinicius Fernandes Andrade da Silva<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 1. O CONTRATO JURIDICAMENTE; 2. INTERVENÇÃO DO ESTADO; 3. CONTRATO DE CONSUMO; 3.1. DEVER DE INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS; 3.2. RESPONSABILIDADES; 3.3. *CULPA IN CONTRAHENDO*; 4. BOA-FÉ OBJETIVA; 5. CONTRATO DE ADESÃO; 6. CONTRATO DE ADESÃO DE MÚTUO; 6.1. ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO DE MÚTUO; 6.2. JUROS; 6.3. JUROS REMUNERATÓRIOS CONTRATUAIS; 6.4. JUROS MORATÓRIAS; 6.5. A NÃO CUMULATIVIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS COM OS JUROS MORATÓRIOS; 6.6. FAMIGERADA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA; 6.7. A ILEGALIDADE DOS JUROS COMPOSTOS; 6.8. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MP 1963-17/2000 (2171-36/2001); 7. ALGUNS MOTIVOS PARA REVISÃO DOS CONTRATOS DE MÚTUO; 8. CONTROLE DOS CONTRATOS DE CONSUMO; 9. CONTROLE JUDICIAL; 10. CONTROLE ADMINISTRATIVO EM ABSTRATO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO; 10.1. ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO; 10.2. INQUÉRITO CIVIL; 10.3. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA; 10.4. O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO; 11. CONCLUSÃO; 12. REFERÊNCIAS.

## Introdução

Ao falar em ‘contrato de mútuo’ tem que se ter em mente o elemento nuclear de todos os serviços bancários e instituições financeiras. O enfoque que será dado justamente nos contratos de mútuo financeiros, o qual englobará o de cheque especial e todas as categorias de empréstimos, atendo-se apenas os legalmente autorizados pelo Banco Central, as tidas “Instituições Financeiras”.

Com isso, concentrando-se principalmente nos contratos de mútuo ao consumidor, principal gerador dos atuais causas de superendividamento, será analisado o contrato de sua forma clássica até as especificações dos contratos para o consumidor, inevitavelmente em sua modalidade de contrato por adesão. Passa-se a análise as principais lesividades ao ordenamento do CDC, desde os princípios basilares até as previsões mais específicas que tange os contratos, principalmente ao dever de informação ignorado na tratativa chegando a inevitável onerosidade excessiva ao consumidor.

Inevitável se faz tratar transversalmente algumas políticas econômicas por variadas hierarquias de leis, principalmente no que tange ao ‘juro’ em suas diversas qualificações. Será constatado que não necessitaria do protecionismo do CDC para se concluir que as manobras legais estão ignorando totalmente as hierarquias e procedimentos constitucionais, desviando funções essenciais de uma Medida Provisória para outros fins, além de que tal norma teria hierarquia superior a qualquer outra lei nos ordenamento brasileiro.

Como busca de combate a estas práticas abusivas do mercado encontraríamos expoentes como o Poder Judiciário e o Ministério Público. Não trata-se de nenhuma descoberta jurídico-científica, apenas uma constatação, um realce

---

<sup>1</sup> Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP. Assessor Jurídico do TJRN. Professor do Curso de Pós Graduação da Universidade Católica de Santos. Professor do Curso de Pós Graduação da Universidade Potiguar – UnP.

nos poderes que estes dois atores sociais possuem em prol da parte mais vulnerável, hipossuficiente que é o consumidor. O legislador deu estes poderes, esta atribuição para que esta luta desleal entre consumidores e fornecedores, mas principalmente contra as manifestações do Poder Executivo representando interesses alheios, passe a aparentar ao menos justa.

Enfim, verifica-se perante os dispositivos legais que as atribuições dadas ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, obviamente além da luta individual do próprio consumidor, possam tornar um eficaz instrumento em face do superendividamento.

## 1. O CONTRATO JURIDICAMENTE

Classicamente o contrato reflete o ato de um indivíduo, ou mais de um indivíduo manifestando vossas vontades repercutindo num negócio jurídico. Estas manifestações de vontade são a que configuram o fato contratual, estas condutas vislumbram um fim comum. Dependendo do tipo contratual, a norma prescreve formas a serem observadas. Entretanto, o mais importante é a manifestação de vontade das partes, ou da parte.

Ocorre que certas vontades às vezes destoam entre a vontade real e a vontade explicitada. O inconfundível Hans Kelsen faz pertinente observação: “Quais as conseqüências que tem uma tal discrepância, é questão que só pode responder-se com base na ordem jurídica, e não através da ciência jurídica. A ordem jurídica pode determinar que não se conclui um contrato criador de Direito quando uma das partes está em posição de poder demonstrar que o sentido in-tendido (por ela visado) de uma declaração é diferente daquele que lhe é atribuído pela outra parte” (Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 274).

Interessante a sintonia entre o tempo, pois se buscar o que Kelsen quis afirmar com este posicionamento, encontrar-se-ia expressamente esta situação no Código de Proteção e Defesa do Consumidor no que tange que valeria mais a vontade real do que a vontade escrita. Óbvio que também nas relações civis já havia previsões atinentes a estas situações, seja nos vícios de consentimento ou até nos vícios sociais.

A Professora Maria Helena Diniz define o contrato como: “O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo para sua formação, do encontro das vontades das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados”<sup>2</sup>.

Desde já poderia questionar se os contratos de consumo espelhariam mais contratos em si, ou relações de consumo? Entendemos junto com o Prof. Nelson Nery Júnior, em defender a idéia de relações de consumo, mais do que contrato, justamente por faltar elementos básicos para definição de um simples contrato.

Ao tratar de contratos na relação de consumo algumas idéias e conceitos precisarão ser repetidos e revistos, haja vista a insistência dos tidos como conservadores, os tradicionalistas, não quererem enxergar as mudanças trazidas pela Lei 8.078/90 (CDC) e mais recentemente pelo atual Código Civil de 2002.

Inicialmente com o Código Civil de 1916 os contratos eram firmados eivados de idéias iluministas trazidas pela Revolução Francesa de 1789. O Ideal Liberal que até hoje procura conduzir o mercado, conseqüentemente a economia

---

<sup>2</sup> Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, vol III.**, p.21.

sempre objetivou uma não intervenção do Estado para com as relações entre os contratantes.

Ocorre que a tendência do tempo do código de 1916 como em todo mundo refletia um cenário econômico totalmente diferente. A idéia da propriedade e o meio agrário em que se vivia refletiam atitudes e comportamentos totalmente diferentes entre as partes. A palavra de um homem naquele tempo valia mais do que qualquer coisa ou tipo de garantia. Assim, vícios de consentimento na relação, fraudes dentre outros defeitos do negócio jurídico eram exceções. Era constatáveis figuras como Autonomia da Vontade e Consensualismo diante as relações entre as partes.

De forma resumida e genérica a evolução apresenta etapas que coincide na maioria dos países como o modelo capitalista. Através da história observa-se com a crise do sistema feudal, o surgimento do mercantilismo, o qual evoluiu tornando-se hoje o Capitalismo.

Numa economia onde quem manda é o mercado, o Estado deixa de ter total controle deixando para os especuladores esta função. A instabilidade é a marca registrada, a soberania no aspecto da economia de mercado é utópica. A noção de propriedade que temos hoje é totalmente equivocada, pois não devemos ter mais aquela visão agrária do bem do consumo, ou seja, é de se questionar se hoje temos a propriedade ou o uso do bem<sup>3</sup>. Relevante ainda refletir que vivemos numa determinada situação que precisamos admitir uma desigualdade na busca de uma igualdade.

Para atender as exigências e demandas da população, através do movimento dos trabalhadores é que surge a Sociedade de Consumo. Utilizando-se dos dizeres do Prof. Marcelo Sodré, alguns elementos configuram esta sociedade, como a produção para a massa, produção em série, oferta publicitária, contrato em massa e um enorme oferta de crédito.

## 2. INTERVENÇÃO DO ESTADO

Com o fim da primeira guerra mundial e conseqüente recuperação dos países participantes, o modelo burguês não mais se adaptava a realidade. Assim, o Estado com intuito de uma maior estabilidade e uma paz social para reconstrução, inicia intervir nas relações através de um dirigismo contratual, o qual coincide no período entre as duas grandes guerras. O Professor Nelson Nery Jr. acrescenta que: "É nesses períodos de grande comoção econômica, aliada às vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do *dirigismo contratual*, como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar"<sup>4</sup>.

Alguns céticos como Ripert, chegaram a afirmar que não existiria mais o Direito Privado, haja vista o intervencionismo do Estado como Direito Público. Entretanto a idéia era equilibrar as esferas Privada e Pública, pois o Direito Privado é em quem ditava as regras e o Estado apenas fazia figura decorativa.

Esta intervenção começa configurar-se de maneira melhor quando são tratados os contratos onde o Estado era parte, ou seja, os contratos administrativos. E em alguns momentos se dava através de um dirigismo contratual, o Estado

---

<sup>3</sup> Paulo Rogério Bonini

<sup>4</sup> Nelson Nery Júnior, **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto**, 7ª Ed., 2001, cit. p. 446.

praticamente forçava a contratação dependendo de seu objeto e conseqüente obrigação. Não haveria assim, manifestação de vontade das partes.

O Professor Frederico da Costa Carvalho Neto, em sua tese de doutorado pela PUC SP “Nulidade da Nota Promissória dada em Garantia nos Contratos Bancários”, foi bastante pertinente ao expor sobre tal tipo de intervenção, vejamos: “... O legislador percebeu a necessidade de intervir nessa modalidade de contrato que na verdade é peculiar não porque as partes sejam desiguais propriamente por uma ter e outra não a disposição de uma propriedade, mas porque a locação atinge duas finalidades, podendo se dizer que socialmente é bilateral, já que propicia renda de um lado e moradia, exercício de atividades, de outro.

Acresce ainda o renomado Prof. Dr. Nelson Nery Júnior, para dar um basta naqueles que sustentam uma possível ‘morte do contrato’, assim o professor expõe: “É preciso que o direito não fique alheio a essa mudança, aguardando estático que a realidade social e econômica de hoje se adapte aos vetustos institutos com o perfil que herdamos dos romanos, atualizado na fase de codificações do século XIX. A propósito, o último grande movimento reformista do Direito Privado no mundo ocidental ocorreu com a *recepção do Direito Romano*, o que, convenhamos, não se coaduna com o dinamismo que a sociedade, em constante transformação, está a exigir da ciência do Direito.”<sup>5</sup>

Um outro meio de intervenção nas relações contratuais centrada na boa-fé e equidade entre as partes é através do poder judiciário e sua interpretação. A barreira da pregada liberdade de contratar e autonomia da vontade teve que ceder aos poucos face aos abusos que vinham surgindo.

Como bem afirma a grande mestre Profa. Cláudia Lima Marques “... ao juiz não era permitido mais do que um controle formal de presença ou ausência da vontade de um consenso isento de vícios ou defeitos, nunca, porém um controle do conteúdo do contrato, da justeza e do equilíbrio das obrigações assumidas. De outro lado, à lei cabia uma função interpretativa, no máximo, supletiva da vontade”<sup>6</sup>.

Logo, ao tratar com a massa após de ditados momentos históricos, a necessidade de intervir nas inúmeras relações já era mais do que necessário. Esta se inicia através de fiscalizações e imposição de certas quotas e preços. Evoluído o sistema a intervenção como já visto anteriormente se deu através de edições de leis limitadoras e controladoras de certas atividades exposta a massa, como por exemplo, os serviços públicos. A liberdade de contratar que atualmente é algo ficto começara a ser vista com outros olhos pelo Estado, logicamente o Estado procurou manter o caráter civil dos contratos. Esta intervenção começa configurar-se de maneira melhor quando são tratados os contratos onde o Estado era parte, ou seja, os contratos administrativos.

Além de que o Judiciário deixa de ser um mero espectador diante relações contratuais abusivas, as quais desviavam sua função essencial e iam de encontro à boa-fé nas relações. A justiça começa então intervir diretamente em caso de abusividades não só, em plano superior, a proteção da parte mais fraca como também o equilíbrio da relação. Este tipo de controle, bem como o controle através do Ministério Público será analisado à frente. Salientando lembrar que diferente da intervenção que se dava nas relações trabalhistas, só com a entrada em vigor do CDC em outubro de 1990 é que no Brasil iniciará uma nova fase de visão e

---

<sup>5</sup> Idem. p. 449.

<sup>6</sup> Cláudia Lima Marques, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais**, 4ª Ed, São Paulo, RT 2002. p.208.

intervenção contratual. Por fim, também não pode se confundir a intervenção com as atribuições dada aos órgãos públicos em seus exercícios.

### **3. CONTRATO DE CONSUMO**

Inconcebível fazer um estudo sobre contratos e isolar fatores que implicam diretamente sua estrutura. O contrato, seja qual for a época a ser estudado, é resultado de fatores econômicos e sociais de cada época. Isso quer dizer, o meio de produção e distribuição repercute diretamente na essência e no modelo contratual. John Esser já afirmava que: “a prática de troca de mercado específica de um dado modo de organização industrial é a fonte da imagem do mercado de trocas específicas de uma dada teoria contratual”<sup>7</sup>.

Sem embargo, pode se afirmar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor sob o aspecto material, e o microssistema processual do CDC aliado a Lei 7.347/85 (LACP) são os modelos que apresentam menos imperfeição em todo o mundo, vários países adotam esse modelo.

Tem-se ciência, conforme demonstrado, que antes de um produto chegar ao estágio final do ciclo econômico, passa-se várias fases. Desde a matéria prima, passando por processos industriais intermediários, industrialização final do produto para entrar no mercado de consumo.

#### **3.1 DEVER DE INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS**

Dever de Informação deve ser entendido como uma das mais importantes regras do CDC, senão a mais importante. É o dever de informação do fornecedor, conseqüentemente o direito a esta pelo consumidor. Por informação, dentro de uma relação de consumo, está inserida toda uma gama de conseqüências e valores. A informação faz parte do produto ou serviço e como direito básico do consumidor, expresso através do inciso III do artigo 6º, dita uma obrigação do fornecedor em todos os momentos da relação e em qualquer previsão ao longo do CDC, como muito bem citado pelo Prof. Nelson Nery Jr., o código por si só iria até o 7º artigo, pois os demais se tratam de um realce daquilo já fora defendido.

Sustenta-se ainda, que a informação como direito básico do consumidor através do inciso III, art. 6º CDC, não é uma simples informação, e sim uma “informação qualificada”. Pois não é necessária apenas a informação, esta tem de ser clara, precisa, compreensível e adequada, ou seja, esta deve ter como parâmetro não a idéia do “homem médio”, mas sim o menor grau, o consumidor de classe mais inferior, logicamente estando atento os critérios da racionalidade e proporcionalidade. Mas o defendido é a preocupação, por exemplo, com os anúncios publicitários que tem como alvo às classes menos favorecidas.

No primeiro momento de uma relação contratual pode ocorrer o não cumprimento espontâneo da obrigação, ou ainda seu cumprimento de forma inadequada e por fim a violação de algum dever acessório/anexo. Assim, a responsabilidade civil não seria uma causa, mas sim um efeito do inadimplemento de determinada obrigação. Um exemplo a ser citado é uma falta de pagamento de determinada conta, de início o devedor estaria em mora. Passando esta fase aí sim já poderia questionar a responsabilidade civil decorrente de algum dano gerado pelo não cumprimento da obrigação. Torna-se óbvio que possa existir uma

---

<sup>7</sup> John P. Esser, **The Changing Form of Contract Law**, paper presented to the Social History Association Baltimore, Maryland, November 4-7, 1993, p. 4., retirado da obra de Ronaldo Porto Macêdo Jr., **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**, p. 99.

responsabilidade civil sem obrigação, bem como uma obrigação sem responsabilidade civil.

## **3.2. RESPONSABILIDADES**

**3.2.1. CONTRATUAL** – descumprimento de uma obrigação estabelecida previamente em contrato.

**3.2.2. EXTRACONTRATUAL, AQUILIANA OU DELITUAL** – prática de ato ilícito que cause dano. Podendo ser por ação ou omissão, não sendo prevista em contrato.

Tratando-se de danos gerados por meio de uma responsabilidade extracontratual, não importará o acordado em contrato. Faz-se necessário apenas a configuração da responsabilidade civil, ou seja, a ação/omissão mais nexos de causalidade mais o dano. Tratando-se de responsabilidade objetiva como regra do CDC, o efeito da conduta não tem relevância, restando-se necessário a comprovação do nexo e do dano.

O que não quer dizer que na Responsabilidade Contratual não ocorra. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor procura preservar o contrato, assim antes de qualquer medida será procurado diante de determinada situação, equilibrar a situação contratual procurando cumprir ou não determinada cláusula. Por fim, como última hipótese é que poderá transforma-se toda situação em perdas e danos.

Em regra o contrato que produz os efeitos acordados, no caso efeitos jurídicos. Logo, conclui-se que a eficácia de um contrato se dá através de seus efeitos. Entretanto, apesar desses efeitos já terem sido manifestos perfazendo em tese uma relação jurídica perfeita, questiona-se até quando este vínculo permanece.

O Professor Rogério Ferraz Donnini esclarece que: “O estudo dos efeitos dos contratos, na maior parte das vezes, tem um enfoque inverso, ou seja, fala-se mais na ausência de efeitos, na ineficácia do ato, do que propriamente na produção de seus efeitos”<sup>8</sup>. Decorrente de uma *complexidade intra-obrigacional* o contrato gera deveres principais, acessórios e de conduta (não confundir com obrigações principais e acessórias).

### **3.2.3. CULPA IN CONTRAHENDO**

Um das conseqüências que o contrato pode causar já se inicia em suas tratativas, ou seja, um período, pré-contratual. Tratando de relações de consumo, e até mesmo civil, é de extrema importância a análise do momento pré-contrato, poder-se-ia citar as questões dos vícios de consentimento e vícios sociais, os quais podem gerar obrigações ou responsabilidades dependendo do caso. Motivo de indagação dentre os doutrinadores pátrios e estrangeiros é a natureza jurídica da *culpa in contrahendo*. Unânime apenas que essa responsabilização ou obrigação decorre da conduta imposta pela boa-fé objetiva.

Assim, questiona-se se a *culpa in contrahendo* tem natureza de responsabilidade ou obrigação. E ainda, se no caso de responsabilidade esta seria responsabilidade contratual ou extracontratual. Há uma proposta ainda por uma terceira espécie de responsabilidade denominada *terceira via*, a qual estaria entre a responsabilidade contratual e a extra-contratual. A divergência decorre também da questão da formação do contrato ou não.

---

<sup>8</sup> Rogério Donnini, **Responsabilidade Pós Contratual...** p. 37.

Entendemos que esta informação deva ser qualificada, pois além desses requisitos impostos acima por meio do art. 6º, III CDC, em qualquer uma de suas manifestações seja informação, anúncio, mensagem, proposta, oferta, publicidade, dentre outros. Esta deve ser totalmente captada por aquele que foi alvo, no caso o consumidor. Releva-se ainda comentar um problema para o consumidor quando a informação é excessiva, ou seja, apesar de ser volumosa não atinge sua função mínima. Faz questão de ser repetido que sem a menor dúvida o maior defeito (ou vício) nas relações de consumo é a falta ou a indevida informação. Se o mercado oferecesse uma informação devida aos seus consumidores, sem dúvida as demandas consumeristas iriam diminuir de forma exagerada.

Como tratamos de contratos, seus efeitos e conseqüências, o CDC além do art. 6º III, previu o artigo específico. O artigo 46 CDC ressalta mais uma vez a questão da informação. Este artigo tem como escopo inibir uma prática que até hoje não diminuiu, destaque os casos de *contratos por adesão*, ou seja, a não informação daquilo que está sendo estipulado através das cláusulas.

Neste aspecto o mercado necessita se educar muito ainda, o texto normativo do artigo ainda permanece ignorado. Destacaríamos nesses casos as financeiras, bancos, cartões de crédito, dentre outros do gênero.

Seguindo o exemplo do Código Civil Italiano, o artigo 46 CDC, exprime duas proteções, a do contrato em si com suas respectivas cláusulas mais a questão da informação devida e prévia. Na Itália, é comum que o consumidor junto com o respectivo fornecedor, leia o contrato na íntegra, juntos, necessitando de um *check* do consumidor em cada cláusula lida e compreendida.

Referente à Autonomia da Vontade, dentro de uma relação de consumo, defender-se-ia em regra, uma total ficção, ou seja, é totalmente utópico falar em Autonomia da Vontade. A liberdade para contratar, escolher e dispor, hoje são totalmente mitigados. Na relação de consumo em regra estamos sujeitos aos contratos massificados, ou seja, os famosos contratos por adesão recheados de abusividades, onde a autonomia do consumidor na sua grande maioria fica a cargo de uma simples aceitação, pois o consumidor com intuito de adquirir um produto ou serviço, adere aquela imposição de cláusulas, e futuramente caso constatado alguma irregularidade discuta em juízo, sob pena de não ter satisfeito aquela intenção, como muito bem asseverado pelo Prof. Frederico da Costa Carvalho, em aula dada na especialização do curso de Direito das Relações de Consumo.

Ainda de significativa relevância comentar um artigo do inconfundível Professor Ronaldo Porto Macedo Júnior, que na Revista Direito do Consumidor nº 35, p. 117, trata da “racionalidade limitada”, ou seja, o professor defende que: “A idéia de racionalidade limitada (*bounded rationality*) reconhece que os indivíduos não estão aptos a receber, armazenar e processar um grande volume de informações”, o ilustre professor, com vossa autoridade que lhe é peculiar, é feliz em levantar este aspecto da racionalidade limitada do consumidor, seria redundante dizer, porém aceitável afirmar que seria um *plus* na vulnerabilidade do consumidor.

Situações que a informação não é processada na mente da pessoa, devido ao fato, de estar voltada para uma situação mais relevante naquele momento, a qual lhe toma todas as atenções. O que contraria os dispositivos básicos do CDC quanto aos elementos da informação, já expostos.

Neste contexto, através de um mercado capitalista globalizado, muito bem expresso por alguns sábios como um Neocolonialismo, contar com os ditames do CDC, primando pela defesa de um consumidor vulnerável, e ainda com a possível intervenção estatal, um dirigismo contratual necessário que tem por base a Regra

Geral da Boa-fé objetiva e a Função Social do Contrato. Em termos práticos, os contratos que se encontra em determinados cartórios alhures, terão de não só mostrar vossas caras, mas também o corpo inteiro, de forma clara, transparente e legível aos seres mais ignorante. Ciente que a idéia é totalmente utópica, porém a base deste ideal é centrada apenas nos ditames legais tanto do CDC, já comentado como da própria Carta Magna onde expressa que é dever do Estado a defesa do consumidor, bem como o respeito à dignidade humana.

E que se entenda pelo o termo Estado, não apenas o ente federativo, mas também toda a sociedade seja através da sociedade organizada, do Judiciário, Ministério Público e até o consumidor individualmente. Como também o simples fato de ser discutido tema como este, com finalidade de desenvolver consciências, pesar valores e ideais em prol de algo que vai além do individual, mas de uma convivência harmônica em sociedade adaptando os interesses do mercado, do desenvolvimento tecnológico respeitando o cidadão diante de seus direitos comezinhos.

#### 4 BOA-FÉ OBJETIVA

Tratar de contratos, em destaque os de consumo, sem tratar da boa-fé objetiva é totalmente inconcebível. Seja esta na manifestação de princípio, cláusula geral ou regra, o que nos remeteria a outra grande discussão, seguir-se-á a pesquisa laborada pelo Prof. Paulo Jorge Scartezini Guimarães<sup>9</sup>. Que diante tantas obras consultadas e estudadas, apresentou com grande mérito excelente levantamento sob a temática da boa-fé objetiva nas relações de consumo.

Tem-se que a origem da boa-fé de maneira geral vem do termo *fides* (latim), este já tratado desde a Roma arcaica. Na lei das XII tábuas já havia previsão de sanção religiosa no caso de fraudes do patrão em face de seu cliente.

Após cair em desuso, retorna no período clássico em Roma, entretanto sobre o aspecto puramente processual, estas fundadas na *actiones in ius conceptae*. O Prof. Scartezini, citando Jairo Vasconcelos do Carmo e J. Cretella Júnior, acresce que: “Corporificou-se na *bonae fidei iudicia*, que buscava no processo, deixando de lado o formalismo, a melhor solução para os litígios contratuais”<sup>10</sup>.

Ressurge novamente nas questões possessórias, neste caso o Prof. Menezes de Cordeiro aponta uma confusão dentre as significações da boa-fé com a *nonum et aequum* e a *aequitas*. Já no direito canônico, a boa-fé era tida como ausência de pecado, fazendo oposição a idéia de má-fé. Neste sentido mais ressaltado o aspecto subjetivo, iniciando assim, o que seria contemplado no Código de Napoleão, ou seja, diferenciação entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Por Boa-fé Objetiva, que como visto tem origem do Direito Romano, como *Bonna Fides*, porém os alemães tomaram sua paternidade e em 1896, pregam este através do §242 do BGB Alemão, deve-se entender uma regra de conduta um dever anexo, seja antes da contratação, durante e após. Esta conduta, como regra geral prima por uma lealdade, confiança, harmonia, proteção, informação e retidão entre as partes, ou seja, não é só para o fornecedor ou o proponente, esta boa-fé é necessária também ao consumidor e ao contratante, em prol da harmonia de vossos interesses. Quanto às adjetivações entre princípio, regra geral ou norma da Boa-fé objetiva, não

---

<sup>9</sup> Paulo Jorge Scartezini Guimarães, *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*, Biblioteca de Direito do Consumidor nº 16, RT.

<sup>10</sup> Idem, p. 57.

apresenta grande relevância discutir, no entanto em consonância com uma grande parte dos estudiosos, é entendida a Boa-fé objetiva como uma Regra Geral para as relações civis e de consumo em geral.

Para o Direito Alemão a boa-fé é tida inicialmente como um mandamento para o comportamento dos contratantes, sob enfoque considerado dos usos e costumes. Além de que este mandamento não se limita apenas aos deveres acessórios, pois este também é útil como regra suprema.

A boa-fé como regra suprema será útil na aplicação de outras normas simples, o efeito será mais complementador e corretor destas normas. Entretanto, o Professor Harm Peter Westerman nos atenta que: "... impõe-se precaução, uma vez que cada uma das normas isoladas não só traduzem técnicas jurídicas e proposições didáticas mais ou menos isenta de valoração, mas sim, dão juízos de valor vinculativos. Por isso, a complementação e a correção devem restringir-se a adaptar os juízos de valor legislativos e suportes fáticos imprevisíveis ou não apreendidos normativamente em seus pormenores, de modo consciente"<sup>11</sup>.

Seria impossível ao legislador prever todos os fatos sociais, e para todos estes criar uma norma. A Cláusula Geral do §242 do BGB servirá para este fim, fazendo função de válvula de escape para que se adapte o Direito à equidade. A leal e harmoniosa conduta entre as partes seria uma boa manifestação da boa-fé objetiva. Se na manifestação de princípio para dar aparato a toda a legislação e sistema, se regra geral para ser aplicada de imediato na lides, sem deixar margens a interpretação, ou ainda como cláusula geral a permitir ao juiz melhor embasamento sob o aspecto decisório. Como visto anteriormente, estes deveres acessórios ditados pela boa-fé objetiva devem ser manifestos em todas as fases contratuais, ou seja, pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Tratando das relações de consumo, o legislador brasileiro optou inicialmente como princípio, com a intenção de sua manifestação em todo texto normativo. Logicamente que isso não descarta sua manifestação como regra e cláusula geral.

Especificamente atinentes ao contrato a boa-fé do Direito Alemão, serviria para apresentar os pontos positivos e negativos das cláusulas gerais do Direito. A busca por uma cláusula geral só seria suscitada após exaurir-se todos outros institutos jurídicos. "Ela pressupõe experiência na estimação dos fatos e conhecimento relativos a prejudicialidades, não menos que um juízo maduro sobre a exigibilidade de uma conduta juridicamente correta, bem como sobre a distribuição economicamente justa do risco. De modo global, impõe-se máxima reserva"<sup>12</sup>.

Quanto à relação entre o CDC e o NCC, nos aspectos de subsidiariedade, convergências e divergências, o importante é estar ciente quanto à natureza jurídica da relação, se é de consumo ou civil, apesar de como já exposto estas disciplinas andarem paralelamente com mesmos princípios e regras. Ocorre sim a peculiaridade do CDC, ser sim uma norma protetiva de ordem pública, do elo onde há uma parte fraca, nos termos do CDC, vulnerável diante das práticas de mercado capitalista globalizado.

Errado pensar, como tendenciosamente ocorreu, afirmar que em alguns aspectos o CDC foi revogado pelo C. Civil de 2002. Inicialmente é importante que fique claro que o Código Civil, nunca perdeu sua titularidade de Lei Geral, o qual traz os aspectos gerais e definições para o CDC e outras leis.

---

<sup>11</sup> Harm Peter Westerman, *Código Civil Alemão – Direito das Obrigações*, p. 45.

<sup>12</sup> Harm Peter Westerman, *Código Civil Alemão – Direito das Obrigações*, p. 47.

O CDC é Lei Especial, onde vai predominar seus ditames onde ocorrer indubitável relação de consumo. A Profa. Cláudia Lima Marques, em artigo publicado na Revista do Consumidor nº 45, citando o mestre alemão Erick Jaime, defende a idéia dos “Diálogos das Fontes”, onde justamente comenta que as duas Leis exercem suas funções harmonicamente, baseando-se justamente em idéias já defendidas, como a Lei do C Civil é Geral e a do CDC é Especial, não veio nenhuma expressão no NCC, que almeja pelo menos a idéia que o CDC seria revogado em determinados pontos e por último que ambas as leis possuem princípios e regras iguais (Boa-fé e Função Social do Contrato), o que serve de base para suas respectivas normas.

Conclui-se esta, com a preocupação de que tenha ficado claro, que o principal aspecto é identificar a relação em discussão, relação civil vai ser tratado com o Código Civil, e já a relação de consumo, que muita das vezes tendenciosamente não quer ser enxergada (como exemplo os bancos e agora mais recente as agências de turismo) será tratado pelo CDC, o qual procura a harmonia, o equilíbrio dos interesses, não se admitindo abusos de direito de qualquer uma das partes.

Poder-se-ia indagar quanto à autonomia dos juízes com a entrada em vigor do Novo Código Civil. A antiga ideologia liberal, não cabe mais, o *pacta sunt servanda* é desconsiderado quando a nova legislação prima a Função Social do Contrato, Boa-fé Objetiva e a questão da **Onerosidade Excessiva** para uma das partes. Então se questiona estes instrumentos e ideais, ampliam o poder do juiz no momento de suas decisões?

É proposta uma inversão de hierarquia de Leis, ou seja, entre a Lei Geral, que é o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, como Lei Especial. É sabido que a regra é a Lei Geral trazer os aspectos gerais e as definições para as demais leis, neste caso em específico buscaríamos definições da Lei Especial para Lei Geral, o que não é totalmente descabido quando estas apresentam mesmos princípios basilares como a Boa-fé Objetiva e a Função Social do Contrato. (considerando-se a idéia da Função Social da Propriedade, a qual a paternidade não é do CDC)

Tomando por base este entendimento, poder-se-ia interpretar termos trazidos no corpo do Novo Código Civil, já desmistificados pela linha consumerista, ou seja, conceitos como Boa-fé Objetiva, Função Social do Contrato e Onerosidade Excessiva, seriam e devem ser utilizados pelo poder judiciário, não só numa relação de consumo, como todas as outras relações, em específica a civil, dando assim ao juiz uma maior autonomia em seus atos e decisões.

Assim com o respaldo da própria nova lei civil, que atenderá uma função social (art. 421 NCC), Boa-fé e Probidade (art. 422 NCC) e onerosidade excessiva (art. 478 e 479 NCC) aliado ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que garante ao juiz, na aplicação da lei atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum<sup>13</sup> dará sim ao magistrado um poder de decisão, diferente do dogma do Código Civil de 1916, onde o contrato independente de qualquer coisa fazia lei entre as partes.

Como muito bem já pregado por diversos autores, e neste trabalho a visão e ideal individualista, liberal do antigo Código Civil cai por terra, vive-se hoje uma realidade com pilares na eticidade, socialidade e operacionalidade. O ser humano hoje é a preocupação da Ciência Jurídica, o homem como centro de todas

---

<sup>13</sup> Art. 5º LICC

as relações, como propriamente objetiva nossa constituição, o contrato hoje tem nova vestimenta onde é necessária atenção a dignidade humana e social.

## 5 CONTRATO DE ADESÃO

Anterior ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no Código Civil de 1916 já havia definição e uso dos contratos por adesão, estes eram caracterizados pela oposição direta aos contratos paritários. Isso se deve a ausência da liberdade e autonomia nas tratativas, logo não há qualquer negociação entre as partes. O aderente irá apenas aceitar as estipulações em cláusulas, já redigidas e impressas.

A autoridade sobre o contrato ficava a encargo do policitante, como já visto, ao oblato só caberia a aceitação sem qualquer discussão. A Professora Maria Helena Diniz apresenta alguns exemplos destes contratos: “É o que ocorre com: os contratos de seguro (*RT, 487:181*); os de venda das grandes sociedades; os de transporte; os de fornecimento de gás; eletricidade; água; os de diversão pública; os de financiamento bancários”<sup>14</sup>.

Desde o tradicional Direito Civil já havia uma preferência em denominar “contrato de adesão”, ao invés de “contrato por adesão”. Isso é justificado pelo fato deste contrato figurar mais como uma proposta permanente a qualquer interessado. Mundialmente a definição dada ao contrato de adesão foi dada por Raymond Saleilles em análise a parte geral do BGB alemão, conforme nos informa o Professor Nelson Nery Júnior, na definição de Nery: “Opõe-se ao contrato de adesão o ‘contrato de comum acordo’ (*contrat de gré à gré*), (...) O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência da economia de escala”<sup>15</sup>.

Corroborando com tal entendimento, entendemos uma técnica criada com finalidade de agilizar as negociações, haja vista o contrato já está previamente pronto cabendo aquele que tenha um mínimo de intenção em adquirir algo do mercado de consumo aceitar aquele rol de cláusulas ou exclui-se do mercado. Compactuando do entendimento do professor Frederico Carvalho a autonomia da vontade e a liberdade para contratar são fictos. Questiona-se ainda que apesar do artigo 54 CDC definir Contrato de Adesão poderíamos ainda chamar este de ‘contrato’. O Professor Caio Mário da Silva Pereira conceitua contrato como: “‘Contrato’ é ‘um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos’. E mais, como: ‘acordo de vontades com finalidade de produzir efeitos’”<sup>16</sup>. O único momento em que se consegue ver a vontade do consumidor é no momento de pagar, que este vai escolher de acordo com as opções dada pelo fornecedor como irá efetivá-lo.<sup>17</sup>

Torna-se repetitivo, porém de grande relevância retomar-se à idéia de que, em se tratando de relação de consumo, sempre ter-se-á de um lado um

<sup>14</sup> Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**, Vol. III, p. 69.

<sup>15</sup> Nelson Nery Júnior, **Código Comentado...**, p. 566.

<sup>16</sup> Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**.

<sup>17</sup> Usemos, dentro da discussão acadêmica do curso de contratos de consumo ministrado pela Profa. Suzana, a concluir uma nova espécie de Negócio Jurídico, onde seria gerado a obrigação diante uma relação entre as partes, sendo discutido se nesta modalidade poderíamos atribuir a nomenclatura ‘contrato’, haja vista a ‘manifestação de vontade do consumidor’ ser gerada mais por uma necessidade do que por uma vontade mínima.

consumidor vulnerável, o qual possui alguns direitos básicos necessários como a informação clara e adequada do serviço (art. 6, III e 46 CDC), Boa-fé objetiva entre as condutas entre as partes, equidade, probidade, finalidade social do direito e equivalência das prestações<sup>18</sup>.

Consumerista de peso como o Professor Newton de Lucca defende que mesmo não sendo um consumidor final, mas que tal contratante seja vulnerável a prática como tal, seria louvável a aplicação do CDC para este. O Professor ainda lembra como exemplo de países europeus que: "...as jurisprudências francesa e alemã, sensíveis a situação de fragilidade em que muitas vezes se encontravam os pequenos empresários e os profissionais liberais, propendeu para solução diversa, alargando a possibilidade de utilização da legislação consumerista"<sup>19</sup>.

É entendido que a relação contratual perde um pouco sua característica, haja vista a ausência de manifestação, tratativas entre as partes não mais existir. O consumidor encontra-se num xeque-mate e se ver muito das vezes coagido a contratar.

A diferenciação não traz grandes conseqüências práticas, servido apenas como elemento histórico - científico. O que deve ficar entendido é que em regra os "contratos de adesão" seriam aqueles geralmente que se vincula a um serviço público, geralmente de fornecimento, é o caso da água, luz, telefone, dentre outros serviços públicos. Outras características desses contratos é que as cláusulas destes são impostas de forma unilateral e preestabelecidas pelo 'Poder Público'.

Tratando-se do contrato de adesão, há de ficar cientificado que após as inúmeras privatizações, concessões e autorizações não há mais em que se falar em Poder Público ditando os contratos, e na realidade nem as agências reguladoras criadas pelo Executivo, desempenham seu papel real de fiscalizadoras. Tem se dúvidas quanto a isto.

Sobre o assunto, o Professor Nelson Nery citando o Professor Orlando Gomes, entende que: "A crítica da doutrina, especialmente Orlando Gomes, funda-se na idéia de que a denominação *contrato de adesão* seria restrita aqueles casos de impossibilidade de rejeitarem-se as cláusulas uniformes preestabelecidas, o que se dá ,normalmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público. Propões ele o nome de *contrato por adesão* para significar as demais estipulações unilaterais, cujas cláusulas não sejam irrecusáveis pelo futuro aderente"<sup>20</sup>.

De qualquer modo o CDC ao definir contrato de adesão através de seu artigo 54, o legislador o definiu de tal maneira que englobasse o método de contratação, seja pelo Poder Público ou pelo particular fornecedor. Ficando na legislação a definição que o Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo<sup>21</sup>.

É verdade que diante este tipo de prática, torna-se rara a vez que o consumidor consegue ver o contrato materialmente com suas cláusulas. Nos contratos contínuos bancários ou de cartão de crédito, a opção é apenas assinar

---

<sup>18</sup> Judith Martins Costa, **A Boa-fé no Direito Privado**.

<sup>19</sup> Newton de Lucca, *Direito do Consumidor, Teoria da Relação de Consumo*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2003, p. 270.

<sup>20</sup> Nelson Nery Júnior, **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto**, 7ª Ed., 2001, cit. p. 458.

<sup>21</sup> Artigo 54 CDC.

parte de uma ficha onde contém seus dados e tem um efeito real de procuração dada a entidade fornecedora.

Logicamente mediante estas técnicas é que podem ocorrer os abusos e práticas abusivas. Mediante o contrato através de cláusulas abusivas e outras práticas. Seria injusto não comentar, que apesar de ser uma minoria, há empresas que utilizam de maneira correta o instrumento, empresas que respeitam o consumidor e que não se utilizam de meios e métodos ilícitos para manterem seus negócios.

## **6 CONTRATO DE ADESÃO DE MÚTUO**

Em específico, o contrato de crédito nada mais representa do que o conhecido contrato de mútuo bancário, ou seja, a instituição financeira de acordo com as características contratuais, concede o crédito em conta corrente ao destinatário final consumidor, por meio de contrato por adesão.

Características peculiares deste tipo de contratação é não discussão do rol de cláusulas impostas ao consumidor sob pena de não ter acesso ao consumo do serviço. Bem verdade que de natureza contratual não resta nada neste tipo de prática, o consumidor se submete mas não discute nenhuma cláusula, sequer toma conhecimento destas.

### **6.1. ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO DE MÚTUO**

O aspecto que se discorda é o modo pelo qual a fornecedora chega a determinados valores, ou seja, o método e critérios totalmente desconhecidos para se chegar a exacerbadas quantias.

O resultado desta imposição por parte da instituição financeira gera o que comumente é conhecido como **Onerosidade Excessiva** ao consumidor. A onerosidade excessiva totalmente condenada pela previsão do CDC, artigo 6ºV, artigo 51 IV e Art. 51 §1º inciso III, está também prevista no atual Código Civil, ou seja, Regra Geral para as relações comerciais e civis, em seus artigos 478-480 NCC.

O que se discute atualmente com a chegada do novo código civil é se para configurar a onerosidade excessiva, tenha que ocorrer esta de uma parte em relação a outra. Isso ocorre porque no dispositivo que trata da resolução contratual da onerosidade excessiva, por meio do artigo 478 do Código Civil, há previsão que uma das partes tire extrema vantagem em relação a outra.

O CDC não faz esta referência de uma parte usufruir pela excessiva onerosidade em relação a outra. Entende-se que não há necessidade de que uma das partes esteja usufruindo ou não, se há onerosidade por algum fato que não era previsto, caberá a magistrado da melhor maneira reequilibrar a relação, de maneira alguma penalizando uma das partes que não tenha o menor motivo para a onerosidade. Logicamente se estiver ocorrendo um enriquecimento seu causa, ou até ilícito, deverá sim o magistrado agir para conter e solucionar a situação.

Cabe ressaltar, que apesar da não exigência do CDC a onerosidade excessiva do presente caso gera a Caixa Econômica Federal um proveito, um enriquecimento sem causa. A **prestação desproporcional** exigida instituição financeira sempre é latente. O método e critério utilizado para a atualização do débito é excessivamente oneroso, faz com que a base objetiva no negócio rompa-se por inteiro, ou seja, total desequilíbrio contratual, premissa básica assegurado pelo CDC.

## 6.2 JUROS

Haja vista vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor aliado ao não interesse das instituições em explicar ao contratante os detalhes do contrato de crédito, desrespeitando desta maneira o que prega o artigo 6º, III; 46 CDC e art. 52, II e III. Faz-se necessário deixar esclarecido quais tipos de juros e correções, os momentos no decorrer da contratação que cada critério pode vigorar, bem como a abusividade com as operações e cálculos na composição destes juros.

Informação e explicação esta que NÃO ocorre na contratação, ou seja, nada é explicado devidamente aos consumidores. Não são explicados quais e como os índices e juros seriam aplicados, muito menos a dominada *comissão de permanência*. Cabe frisar que o consumidor busca pagar sua dívida junto a instituição, entretanto, não pode arcar com abusivos juros e índices de correções, além de encargos que não lhe compete, como bem prega o artigo 51, XII<sup>22</sup>.

## 6.3. JUROS REMUNERATÓRIOS CONTRATUAIS

Desde já cabe ressaltar que do momento em que um contrato estava vigorando até o momento de sua resolução só poderá ser cobrado os juros remuneratórios contratuais. Após a rescisão do contrato é totalmente inconcebível que este tipo de juro seja cobrado ao consumidor, afinal não há mais um contrato.

Faz-se necessário frisar, haja vista o contrato ter sido o contrato de adesão, ou por adesão, nos moldes do artigo 54 CDC. **Não há** em qualquer momento uma convenção, ou uma negociação no presente juros e sim **imposição unilateral** por parte das instituições financeiras, pois não houve manifestação volitiva, nem poderia haja vista a posição do consumidor.

Manifesta neste momento total desconhecimento do consumidor de seus direitos, característica expressa pelo CDC na forma de vulnerabilidade. Ora, os índices impostos pelas instituições financeiras destoam totalmente dos índices legais, ou seja, de acordo com o vigente Código Civil de 2002 em seu artigo 406 determina o juros no índice de 1% ao mês<sup>23</sup>.

O que nos faz remeter ao Código Tributário Nacional que assim expressa: “**Art. 161.** O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. **§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.**”

Não há qualquer incongruência a utilização dos dispositivos para os juros contratuais compensatórios, “Não conseguimos vislumbrar outra alternativa, a não ser aplicação por analogia, da taxa determinada no art. 406, limitada nos termos do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês, que passa, com o Código Civil 2002, **a ser a taxa legal de juros compensatórios**”<sup>24</sup>. E continua o professor Luiz Antonio Scarvone: “Não se trata de aplicação extensiva do referido

---

<sup>22</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

<sup>23</sup> Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

<sup>24</sup> Luiz Antonio Scarvone Júnior, **Juros no Direito Brasileiro**, RT, SP 2004, p 80.

art. 406 do Código Civil de 2002, vez que o caso não é de cobrar juros de mora, **mas pelo uso do capital**<sup>25</sup> (grifos nossos).

Também não pode deixar de mencionar a falácia acerca da possível revogação do Decreto 22.623/33, o qual em seu artigo 1º impõe limitação esta 'convenção' fictícia. Ora uma lei é revogada pela outra se assim expressamente determinar ou não for compatível com a outra.

Ademais o Decreto 22.626/33 é lei especial, jamais seria revogada por uma lei geral mais nova, pois *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Logo a imposição unilateral dos extorsivos juros é totalmente ilegal. E Além disto, é abusivo conforme apregoa o artigo 51, IV CDC.

#### 6.4. JUROS MORATÓRIAS

A partir do ajuizamento da ação monitória, em específico da citação da inicial desta conforme prever o art. 405 do CC, só e somente só, de acordo com o ordenamento jurídico, poderá ser iniciado a cobrança de juros moratórios. **“Art. 405 – Contam-se os juros de mora desde a citação inicial”**. Conforme já exposto, de acordo com artigo 406 NCC e § 1º do artigo 161 do CTN (Lei Complementar), os juros moratórios convencionado não poderá ultrapassar os 12% anuais, ou seja, pelo uso do capital a lei determina que o limite mensal (legal ou convencional) será de 1% ao mês.

Se fosse ignorada a hierarquia normativa poderia se vislumbrar que como o artigo 406 NCC faz menção a Fazenda Nacional, por conseguinte uma competência ao COPOM-BACEN a fixar estes juros, elegeria-se a SELIC para determinar estes juros moratórios. Entretanto se trata apenas de uma hipótese totalmente descabível, tendo em vista a hierarquia de Lei Complementar do Código Tributário Nacional, conforme prever o art. 34 do ADCT.

Além, obviamente do caráter especialíssimo do Decreto 22 626/33 no que tange juros contratuais. Por fim, o próprio CDC em seu artigo 52 § 1º<sup>26</sup>, ao tratar em específico dos juros moratórios em contratos de mútuo limita este em 2% do valor da prestação, ou seja, com intuito de harmonizar os interesses das partes na relação, o CDC permite um limite superior ao CTN, qual seja de 2%. Entretanto, por hierarquia de lei o CTN é Lei Complementar, deveria prevalecer em atenção ao próprio CDC em seu artigo 7º, o qual prega que sempre a lei mais favorável ao consumidor deverá ser aplicada.

#### 6.5A NÃO CUMULATIVIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS COM OS JUROS MORATÓRIOS

Necessita ficar esclarecido que no momento que o contrato está em vigor, ou seja, até o momento de inadimplência, apenas será cobrado os juros remuneratórios. Na constituição em mora, que vai ser iniciado com a citação do devedor, é que poderá ser cobrado os juros moratórios, cessando a cobrança dos juros compensatórios contratuais, haja vista exaurimento do contrato.

Há de ficar diferenciado a responsabilidade frente ao contrato e a responsabilidade frente a obrigação. No caso, a partir da constituição em mora a

---

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.(Redação dada pela Lei nº 9.298, de 1º.8.1996)

obrigação permanecerá, excluindo o contrato. Conclusão óbvia é que não pode se cumular a cobrança concomitante dos juros compensatórios com os juros remuneratórios. Pede-se licença para expor a decisão do Tribunal de Justiça Paulista, relatada pelo Prof. Dr. Rizzato Nunes: “No que respeita aos juros devidos após o vencimento da dívida, os mesmos não podem superar 12% ao ano. Admite-se cobrar além desses juros, apenas a correção monetária pelos índices oficiais e multa moratória. Os juros remuneratórios, como o próprio nome diz, remuneram o empréstimo no prazo do empréstimo, apenas. **Não podem ir além, já que não há empréstimo após o vencimento. Vencida a dívida, o credor tem direito a certo quantum, que daí para frente não pode mais ser acrescido das taxas contratuais remuneratórias.** (Apelação Cível 757226-1, TJ SP) ”.

Inclusive, em recente (21/02/2006) julgamento do RESP a terceira turma do STJ, de maneira unânime acompanhando o voto do Ministro Castro Filho, fez questão de frisar esta não cumulatividade: “A Turma destacou que a taxa será a média do mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, desde que limitada ao percentual do contrato, **não se permitindo cumulação com juros remuneratórios ou moratórios** (a partir da citação inicial, art. 405 NCC), **correção monetária ou multa contratual**, em consonância com os precedentes do STJ sobre a matéria (RESP788045)” (grifos nossos).

## 6.6.FAMIGERADA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

As cláusulas que tratam da comissão de permanência nos contratos de mútuo incorre uma das maiores abusividades. Em verdade, ocorre um total enriquecimento sem causa, talvez até ilícito por parte dos fornecedores.

A origem da Comissão de Permanência é da famosa *Cláusula ANBID* - Associação Nacional dos Bancos de Investimento. Consistia nesta cláusula no poder dado às instituições financeiras, através desta associação, determinar unilateralmente ao bel prazer o valor dos juros remuneratórios nos contratos de mútuo. Atualmente já estar sumulado no STJ total vedação a tal cláusula<sup>27</sup>. A violação ao CDC é patente, além de não informar previamente o valor do montante de juros, utiliza-se do contrato de adesão e modifica o conteúdo e a qualidade do contrato unilateralmente. Além dos princípios básicos do CDC, viola diretamente o inciso XIII do artigo 51, o artigo 52 em seu inciso II, e gera conseqüente superendividamento do consumidor, uma manifesta onerosidade excessiva.

Após sucessivas manifestações do judiciário, inclusive por meio de súmula do STJ, as instituições financeiras deixaram de fazer uso da nominada cláusula ANBID, entretanto, modificando apenas a nomenclatura e sob mesmo intuito faz uso da “Comissão de Permanência”. Motivo de mais uma onerosidade excessiva (art. 51, IV e §1º, III), a presente cláusula que limita totalmente o direito do consumidor, a qual viola diretamente os §3º e §4º do artigo 54 CDC, jamais fora informada nas tratativas ao consumidor, tampouco destacada como a lei exige, ou seja, violando outro dispositivo legal do artigo 46 CDC.

Além disso, a cláusula é totalmente abusiva, ou seja, nula de pleno direito podendo inclusive ser declarada de ofício pelo magistrado. Não há argumentos que faça chegar a determinar que a **Comissão de Permanência**, a qual tem natureza de atualização monetária chegue a superar o valor do principal.

Cabe ainda ressaltar que esta Comissão de Permanência é composta pela CDI (regulado pelo Banco Central) mais uma desconhecida taxa de

---

<sup>27</sup> Súmula 176 STJ - É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor a taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP.

rentabilidade de estratosféricos X (a.m), impostos unilateralmente e jamais informado ao consumidor. Cabe lembrar que a Comissão de Permanência é uma espécie de correção monetária, ou seja, atualização da moeda em face das oscilações do mercado. Entretanto, esta cláusula supresa de CDI+X% ao mês é um total absurdo, considerada abusiva por inúmeros preceitos do CDC, os quais seriam impossíveis colacionar.

Outra abusividade é que se indagar as instituições financeiras no que consiste a comissão de permanência definirão esta como juros remuneratórios mais atualização monetária. Daí surge mais um supresa ao consumidor, pois no contrato já uma cláusula específica determinando os juros remuneratórios, e ainda, quando as instituições financeiras fazem suas cobranças fazem incluindo a comissão de permanência mais atualização monetária. Logo, não só consumidor mais todo tomador de empréstimo pagará em duplicidade os juros remuneratórios e a atualização monetária, sem chegar ao ponto de questionar a capitalização mensal exponencial. Há o característico *bis in idem*, um pelos juros remuneratórios e outro pela atualização monetária.

O impressionante da Cláusula de Comissão de Permanência é a superação até dos próprios juros compensatórios. Demonstra-se um excelente método de angariar dinheiro dos consumidores e ter um enriquecimento sem qualquer justificativa ou parâmetro. Não se faz nem necessário comentar a indevida cumulação da comissão de permanência com os juros moratórios, compensatórios, correções e honorários advocatícios, pois a cláusula por si só de CDI+X% supera toda cumulação.

Logo, realmente, tratasse de um ótimo artifício das instituições financeiras embutirem todas as cumulações disfarçadamente. Sem chegar a ponto de verificar como tais juros foram calculados. Uma real válvula de escape para embutir juros. Desta maneira não há risco do negócio para a presente entidade financeira, é mais proveitoso esperar o consumidor entrar em mora e embutir tal cláusula com respectivos juros e lucrar mais ainda do que uma simples contratação de mútuo com seus juros compensatórios.

## 6.7. A ILEGALIDADE DOS JUROS COMPOSTOS

A ilegalidade diante tantas práticas não se encerra, imagine desde já se um consumidor, mesmo pelos padrões dos civilistas como homem médio, tem um mínimo de condições e conhecimentos para tratar com uma hipersuficiente instituição financeira diante de tal complexidade.

Tanto a legislação, doutrina e jurisprudência são unânimes quanto a ilegalidade do anatocismo, juros compostos ou capitalização composta de juros mensais. O Decreto 22 626/33 considera como delito tal prática, vide artigo 4º cominado com artigo 13 da referida lei<sup>28</sup>. O Supremo Tribuna Federal, inclusive já sumulou a proibição: “STF, Súmula 121 - **É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.**”

Logo só será permitida a capitalização anual, conforme prescreve o artigo 591 do Código Civil, respeitando, obviamente os limites do artigo 406 do mesmo diploma. Inclusive diante de tal relação de consumo, e considerando o rol do artigo

---

<sup>28</sup>Art. 4º. **É proibido contar juros dos juros**; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-corrente de ano a ano.

Art. 13. **É considerado delito de usura**, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro **ou a fraudar os dispositivos desta lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos**, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento.

51 do CDC não exaustivo, o item 05 da Portaria de Direito econômico (SDE) nº 03, de 15 de março de 2001, com supedâneo no artigo 56 do decreto 2.181/97, prever como cláusula abusiva, **nula de pleno direito a cláusula que 'estipule a utilização expressa ou não, de juros capitalizados nos contratos'**. O STJ também já estar pacificado quanto a impossibilidade da capitalização mensal para os contratos de conta-corrente e mútuo.

Nenhum método interpretativo, nenhum dispositivo legal do sistema normativo brasileiro, seja qual for hierarquia, permite à prática de calcular juros sobre juros para contratos de mútuo com o consumidor, ou seja, numa relação de consumo como tal. A exceção, conforme se tem ciência, para capitalização não anual, somente quando existir previsão expressa em mútuos rurais, comerciais ou industriais.

Ademais, os contratos de mútuo não informam que o cálculo dos juros remuneratórios se dará na forma composta, ou seja, ignorando mais uma vez os artigos 6º, III e 46 do CDC. Lembrando inclusive que os juros de mora só se iniciam com a citação inicial (art. 405 NCC).

## **6.8 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MP 1963-17/2000 (2171-36/2001)**

Forte *lobby* dos banqueiros e das instituições financeiras forçaram o poder executivo, contrariando os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito, legislar. Fazendo uso indevido de uma medida de urgência e relevância (art. 62 CF) o Poder Executivo editou a Medida Provisória 1963-17/2000, atualmente MP 2171-36/2001. Entretanto, relevância e urgência para tal medida ainda não foram encontradas.

De imediato na edição da referida MP há total incongruência com o que dispõe a Lei Complementar 95/98. Ora a MP 2170-36/2001 vem dispor sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, não de política financeira, muito menos de capitalização de juros, entretanto, no bojo desta MP em seu artigo 5º é trazida a famigerada permissão da capitalização com menos de um ano.

Não pode se esquecer que trata-se de uma medida provisória, e a Lei Complementar 95/98 que Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona, em seu artigo 7º, II<sup>29</sup> é bastante claro. A conclusão é óbvia. Não satisfeita em querer ter uma hierarquia superior ao Decreto 22.626/33 que trata em específico os juros contratuais, a referida MP também quer ter uma hierarquia superior a **Lei Complementar 95/98**.

Ainda acerca da medida provisória teratológica, cabe ressaltar que o poder executivo não tem competência alguma para tratar dessa matéria, inclusive com edição de algum tipo de norma. O artigo 22 da Lei Maior, por meio de seus incisos VI e VII são bastante nítidos ao estabelecer ser competência da União legislar sobre o sistema monetário e de medidas e políticas de crédito.

No artigo 48, XIII da Constituição Federal há ainda a referência a exclusividade do CONGRESSO NACIONAL dispor acerca da matéria financeira,

---

<sup>29</sup> Art. 7º. **O primeiro artigo<sup>29</sup> do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:**

**I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;**

II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;”.

cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações<sup>30</sup>. O desrespeito a Constituição Federal por parte do Poder Executivo e sua MP não se encerram. Estar previsto no § 1º do art. 68 (além da menção expressa do art. 25 da ADCT) a proibição de delegação de competência de atos de competência exclusiva do CONGRESSO NACIONAL, como é o caso.

Não resta a menor dúvida da **ilegalidade**, da **inconstitucionalidade**, e da **arbitrariedade** do Executivo invadindo esfera do Legislativo, por meio de um ato digno do autoritarismo. Por mais óbvio que seja, conclui-se que a capitalização de juros é vedada por lei, conforme visto em diversos diplomas legais e vigentes.

## 7 ALGUNS MOTIVOS PARA REVISÃO DOS CONTRATOS DE MÚTUO

Antes de adentrar-se ao controle, o qual entende pertinente mais para o consumidor coletivamente, há situações que ocasionam necessárias revisões nos contratos, vejamos algumas. Na fase pré-contratual, como já vimos situações da *culpa in contrahendo*, há causas que influem e desvirtuam os fins contratuais. Destas infecções surgem motivos suficientes para provocarem uma revisão por determinação judicial. Isso ocorre principalmente na verificação de alguma cláusula abusiva ou o a ocorrência de alguma desproporcionalidade na relação.

Uma das definições de abusividade conforme prevê o código seria a situação que ponha uma das partes sobrepondo a outra, ou seja, uma vantagem de uma parte em relação a outra, o que apesar de raro não descartaria a vantagem do consumidor em face do fornecedor. Obviamente essas definições são utilizadas quando não se encontra de forma prescrita, tal situação, por meio dos incisos do artigo 51 CDC, o próprio Nelson Nery busca generalizar mais o conceito de abusividade, afirmando que basta atentar contra o princípio da boa-fé objetiva que a abusividade já figuraria patente.

Além de que a doutrina vem entendendo que cláusula abusiva está sendo sinônimo de abuso de direito, este considerado como aqueles praticados no uso irregular de um direito, sendo assim ilícito. Na ocorrência e verificação da cláusula abusiva, o juiz apenas irá declarar a nulidade de pleno direito da cláusula, buscando conservar o contrato e retirando aquela do negócio jurídico.

O Professor João Batista de Almeida faz pertinente observação: “Dessa forma, em face da regra da conservação dos contratos, deve o juiz rever o contrato, integrando o pacto, de tal modo que este venha a ser implementado, em novas bases, após o reequilíbrio das prestações e o expurgo das cláusulas abusivas”<sup>31</sup>.

Além da boa-fé objetiva outro princípio que o CDC adota é o da equidade. Conforme buscam o CDC a harmonia e equilíbrio da relação entre o fornecedor e consumidor. Admitir que as revisões contratuais só serviriam para favorecer o consumidor não espelha a finalidade do CDC, o que ocorre é uma maior frequência da desvantagem recair para o consumidor, mas esta também pode ocorrer face o fornecedor.

Defende-se então que por um fato extraordinário ou imprevisível que repercuta em uma onerosidade excessiva para qualquer uma das partes será por si só suficiente para justificar uma revisão contratual, em busca do equilíbrio da relação.

---

<sup>30</sup> Luiz Antonio Scarpone Júnior, **Juros no Direito Brasileiro**, RT, SP 2004, p 233.

<sup>31</sup> João Batista De Almeida, **A revisão dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor nº33, p. 145.

O que se discute atualmente com a chegada do novo código civil é se para configurar a onerosidade excessiva, tenha que ocorrer esta de uma parte em relação a outra. Isso ocorre porque no dispositivo que trata da resolução contratual da onerosidade excessiva, por meio do artigo 478 do Código Civil, há previsão que uma das partes tire extrema vantagem em relação a outra.

O CDC não faz esta referência de uma parte usufruir pela excessiva onerosidade em relação a outra. Entende-se que não há necessidade de que uma das partes esteja usufruindo ou não, se há onerosidade por algum fato que não era previsto, caberá a magistrado da melhor maneira reequilibrar a relação, de maneira alguma penalizando uma das partes que não tenha o menor motivo para a onerosidade.

Logicamente se estiver ocorrendo um enriquecimento seu causa, ou até ilícito, deverá sim o magistrado agir para conter e solucionar a situação. O CDC de maneira alguma adotou a teoria da imprevisão, mas sim a não afetação a base do negócio<sup>32</sup>. Cabe apresentar o entendimento novamente do Prof. João Batista de Almeida: “Como se vê, exige o Código que os fatos sejam supervenientes, mas não que sejam imprevisíveis. Mesmo sendo previsível o fato, a sua superveniência aliada à quase impraticabilidade da prestação, permite a revisão do contrato para adequá-lo ao que foi avençado pelas partes”<sup>33</sup>.

## 8. CONTROLE DOS CONTRATOS DE CONSUMO

É ousado afirmar que em regra geral as relações de consumo configuram algum tipo de contrato, dos mais simples como o pagamento de um transporte coletivo aos bancários, que sempre envolvem uma maior complexidade. Assim, refletiu-se uma grande preocupação do legislador permitir que órgãos públicos de diversas naturezas efetivassem um controle dos contratos que diariamente são lançados pelo mercado, recheados de cláusulas questionáveis.

Desta maneira o CDC em diversos momentos do seu corpo normativo, prever atenção especial quanto as cláusulas contratuais. De forma genérica em seu artigo 6º, V, onde são tratados os direitos básicos e de forma específica através do artigo 51 onde trata das cláusulas abusivas.

Como já afirmado, o rol do artigo 51 do CDC não é taxativo, e sim exemplificativo. O CDC procura harmonizar as relações, onde há uma parte sempre

---

<sup>32</sup> Luis Renato Ferreira da Silva, entende que: “ A doutrina é unânime em reconhecer que a origem da teoria da base negocial é no direito inglês, sendo uma constante a referência aos *coronation cases*. Porém, o desenvolvimento das obras acerca do tema segue o rumo da doutrina alemã, que versou com mais profundidade dogmática que o direito anglo-saxão, não obstante a paternidade reconhecida deste.

A posição aqui adotada é no sentido de considerar-se a base objetiva do negócio. Entre as várias teorias que trataram o tema, nos dois sistemas referidos, houve as que propugnaram um enfoque subjetivo puro, outras um caráter misto com objetivo, ou ainda, as que tentam unificar ambas visões (Paulo Oertmann).

Não se pode considerar, no direito brasileiro, a visão subjetiva da base porque esta encontra tratamento legal diverso (considerando os moldes que K. Larenz a versou) eis que consiste no chamado erro sobre motivo na garantia dos vícios ocultos.(Clóvis do Couto e Silva).

Já a base objetiva liga-se ao desaparecimento do fim essencial do contrato ou à destruição da relação de equivalência. Estas diferenças vão se refletir tanto nas condições para aplicação, quanto nos efeitos. A interpretação a luz da boa-fé será elemento essencial para superação do impasse criado pela superveniência e o rastreador dos elementos componentes da base.” (Causa de Revisão Judicial dos Contratos Bancários, Revista de Direito do Consumidor nº 26)

<sup>33</sup> João Batista De Almeida, **A revisão dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor nº 33, p. 147.

mais vulnerável, desconfigurada a vulnerabilidade do consumidor as partes serão tratadas igualmente, o que fica difícil de imaginar.

Para efetivar o controle das cláusulas discutir-se-á os controles judiciais e o controle em Abstrato pelo Ministério Público. Quanto o controle através da autorização dada aos PROCONs enviar anualmente novo rol de cláusulas abusivas a Secretaria de Direito Econômico através do art. 22 do Decreto 2.181/97 é questionável quanto a validade destas Portarias do SDE (DPDC) quanto sua hierarquia perante uma norma de ordem pública, ou seja o CDC. Logo esta sistematização tem de ser muito aperfeiçoada ainda.

Porque então não se aceita as portarias do SDE, hoje DPDC. As portarias são atos normativos ordinatórios, ou seja, visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta de seus agentes com intuito de orientá-los no desempenho de suas atribuições. Estes atos podem ser expedidos por qualquer chefe de serviço aos seus subordinados, desde que dentro de vossas competências, a serem verificadas.

Pede-se licença para expor o entendimento do Professor Hely Lopes Meirelles acerca do tema: “Os atos ordinatórios da Administração só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu... São atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao regimento. Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados, mas geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem”<sup>34</sup>.

Em específico, as portarias seriam atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviço expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários<sup>35</sup>. Através das Portarias também podem ser iniciados processos e sindicâncias. Salienta-se lembrar, que as Portarias não atingem nem obrigam aos particulares, pois estes não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública.

Além de que havia se cogitado outros tipos de controles, mesmo por entidades de classes, como a própria OAB, Susep, Órgãos Oficiais de registros e o controle a ser exercido por meio da arbitragem. Apesar de louvável intenção, entendemos totalmente ineficazes, além de que não se teria tanta competência e poderes, tais órgãos para realizarem este tipo de controle. O Próprio Ministério Público que tem poderes e atribuições dado pelo ordenamento constitucional sofre algumas resistências.

O que não impede por parte desses órgãos a provocação do judiciário para suprir vossas específicas necessidades. O que é uma infeliz realidade a Política Nacional de Consumo apesar de ser esboçada nos textos normativos nunca funcionaram. O Próprio Sistema Nacional de Defesa do Consumidor possui sua lei, no entanto só existe no papel. Até as associações de defesa do consumidor que antes buscavam desempenhar um papel, perdem todos seus fins institucionais e se corrompem. Não por direta culpa delas, mas por serem sem fins lucrativos, não conseguem se sustentar se submetendo muita das vezes a políticas que contrariam seus próprios princípios.

## 9. CONTROLE JUDICIAL

---

<sup>34</sup> Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. P.170.

<sup>35</sup> idem.

Desde logo cabe destacar que o controle judicial contratual não é a declaração de nulidade de cláusulas, devidamente provocada em juízo. Esta seria uma função normal do poder judiciário. O controle que se trata é justamente um controle sem provocação, constatado pelo próprio judiciário de forma incidental nos procedimentos.

Em relação ao Controle de Contratos dado ao Judiciário reflete uma evolução na teoria contratual, onde antes o juiz era um antagonista diante a relação contratual. Além de ser norma de Ordem Pública, o que já daria respaldo ao judiciário diante flagrante abusividade, o CDC através de seu artigo 51 apresenta um rol onde permitirá, dentre outras, o juiz de ofício declarar a nulidade de determinada cláusula. Logicamente que juiz sempre deverá tentar ao máximo manter o contrato, a relação, tornando apenas nula aquela cláusula que seja considerada abusiva para uma das partes em favor da outra. Esta reflete uma prática de controle de maneira direta e também incidente do judiciário, o qual provocado ou não decretará a nulidade. A Professora Cláudia Lima Marques expões ainda que: “O CDC instituiu, portanto, um duplo controle judicial, tanto formal quanto do conteúdo dos contratos de consumo. O juiz examinará, inicialmente, a manifestação de vontade do consumidor, verificando se foi respeitado seu novo direito de informação sobre o conteúdo das obrigações que está assumindo (art.46 e 54), sob pena de declarar o contrato ou a cláusula não destacada como não existente (...) De outro lado, os artigos 51 a 53 do CDC impões um controle do conteúdo do contrato, coibindo especialmente as cláusulas abusivas, sob pena de nulidade absoluta”<sup>36</sup>.

Por exemplo, pede-se a declaração da nulidade de uma cláusula contratual, o magistrado entende que não há abusividade, entretanto, no mesmo contrato o juiz identifica uma cláusula que entenda abusiva. Logo, poderia o juiz declarar a nulidade de uma cláusula mediante uma petição que não pediu tal nulidade, exercendo seu poder intergrativo e julgando *extra petita*?

Logicamente que o rol de cláusulas abusivas do artigo 51 CDC não é exaustivo, ocorrendo a situação prevista em um daqueles incisos, caberia ao juiz de ofício declarar a nulidade para aquelas não constante no rol? Utiliza-se como fundamento o próprio § 4º do artigo 51 do CDC e artigo 128 do CPC, ou seja, o parágrafo menciona a faculdade de tanto o consumidor, como qualquer outro legitimado ajuíze a respectiva ação solicitando a declaração nulidade. Conclui-se que deva haver provocação ao judiciário. A linha da imparcialidade torna-se muito tênue nesse caso. Ainda mais se versar no interesse puramente individual e disponível. Entretanto, tratando-se das ações coletivas onde o interesse é de toda uma coletividade e da harmonia de todo um mercado de consumo, entende-se que o exercício pela de declaração de ofício é plenamente cabível. Não trata-se de um interesse patrimonial ou disponível de um consumidor isolado, mas de toda uma coletividade.

Neste caso estaria-se tratando da vontade legal e não vontade do juiz. Além de que estar se tratando de uma norma de ordem pública e interesse social. Para estas cláusulas elencadas nos incisos do artigo 51 CDC, a declaração de nulidade *ex officio* poderá ser dada a qualquer momento, até porque relembrando, por tratar-se de norma de ordem pública não estarão sujeitas a preclusão.

Resta salientar que há incisos no artigo 51 do CDC que dão grande margem de adequação de situações tidas como abusivas nas relações de consumo. Isso ocorre porque alguns destes incisos por si, já englobariam as previsões dos

---

<sup>36</sup> Cláudia Lima Marques, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais**, 4ª Ed, São Paulo, RT 2002. P.950.

outros. Pode ser citado com exemplo o inciso IV do art. 51, inciso XV, incisos I e III do § 1º do artigo 51 CDC, estes podem ser tidos como regras gerais. Com a utilização destes, desde ocorrida subsunção devida, o juiz não necessitará de provocação para declarar a nulidade, exercendo o controle judicial incidente.

Preocupação surge em instâncias superiores esta declaração de ofício sem um prequestionamento. Tem-se certa ressalva em fazer tal afirmação. Inicialmente tratando-se dos interesses difusos *stricto sensu*, onde não há uma individualidade nem uma identificação dos beneficiários, ou seja, o benefício neste caso é o próprio mercado e uma coletividade indeterminável, será justificável tal declaração mesmo sem um prequestionamento. Trata-se de um puro interesse social. Já nas outras categorias de interesse, onde a linha da disponibilidade do direito tutelado é bastante tênue, entende-se ser mais harmônico seguir as regras do processo civil, em atenção ao princípio dispositivo para que não se gere possíveis lesões aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

## **10 CONTROLE ADMINISTRATIVO EM ABSTRATO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

### **10.1 ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

A definição dada ao Ministério Público pela Constituição Federal é tida como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. Cabe a esta entidade a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis, conforme prever a CF em seu artigo 127. Saliencia-se que com a Constituição de 1988 o Ministério Público ganha uma maior relevância com a atribuição de 'órgão de defesa da sociedade'. Desta maneira, os cidadãos ganham com este ente para defender os interesses e direitos de toda a coletividade face aos poderes políticos e econômicos, tanto que o Ministério Público pode e deve demandar contra o próprio Estado.

O Professor Rodrigo César Rebello atenta ainda outra característica do *parquet*, vejamos: "Uma das características do Poder Judiciário é justamente a inércia, pois a prestação jurisdicional só é dada quando há uma demanda nesse sentido. Esse princípio destina-se a assegurar a imparcialidade e isenção do exercício da função jurisdicional. Para a consolidação do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição brasileira não basta a imparcialidade do Poder Judiciário. É indispensável a existência de um órgão independente que o movimente na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis"<sup>37</sup>.

Na Constituição Federal o Ministério Público encontra-se locado no capítulo que trata das funções essenciais da justiça, junto a ele a advocacia. Poderia se dizer que diante a tripartição dos poderes o Ministério Público estaria em um *tertius genus*, pois se encontra como uma instituição independente dos três poderes, inclusive com autonomia financeira e administrativa. Isso implica concluir que em regra o Ministério Público não é submisso a nenhum dos outros poderes.

Esta independência entre os poderes obedece ainda a três princípios institucionais a este órgão: princípio da unicidade, indivisibilidade e da independência funcional, estes categoricamente expressos no parágrafo primeiro do artigo 127 da CF. As atribuições do Ministério Público encontram-se devidamente elencadas por meio do artigo 129 e incisos da Carta Maior. Seguindo o modelo da CF teríamos: 1. Privativa promoção da Ação Penal Pública; 2. *Ombudsman* – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública aos

---

<sup>37</sup> Rodrigo César Rebello Pinho, **Da Organização do Estado, Dos Poderes e Históricos das Constituições**. Ed. Saraiva, São Paulo 2001.

assegurados pela CF; 3. Promover a Ação Civil Pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A permissão engloba ainda a instauração de procedimentos administrativos investigatórios, os quais se incluem o Inquérito Civil; 4. Promoção de Ação de Inconstitucionalidade de Lei e representações com objetivo de intervenção; 5. Controle externo das atividades policiais; 6. Exercício de outras funções que forem compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).

Poder-se-ia desde já questionar se o 'Controle Administrativo em Abstrato dos Contratos' não estaria englobado por estas atribuições. Apesar de óbvia a resposta, reforçaria dois itens que correspondem aos incisos III e o IX, ou seja, o controle se dá pelo procedimento do Inquérito Civil conforme prever o inciso III. Além disso, a própria constituição prever "outras funções que lhe forem atribuídas e compatíveis com sua finalidade". Este aspecto será mais bem aprofundado posteriormente.

## 10.2. INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil com a introdução da Lei de Ação Civil Pública é tido atualmente como um dos principais instrumentos de trabalho do Ministério Público, sua previsão por meio do art. 8º, § 1º da Lei 7.347/85 ganha maior consagração através da Carta Magna em seu inciso III do artigo 129.

Optamos pela definição dada pelo professor e promotor de justiça, Motoari Giccheti de Souza, em sua obra *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*, assim define: "Inquérito civil é um procedimento administrativo de natureza inquisitiva, presidido pelo Ministério Público e que tem por finalidade a coleta de subsídios para a eventual propositura de ação civil pública pela Instituição"<sup>38</sup>.

Maioria das vezes, o inquérito civil é utilizado para obtenção de elementos e coleta de provas, configurando mais ainda este fim inquisitivo quando tratar de interesses e direitos coletivos *lato sensu*. Apesar de óbvio, necessário reafirmar que este instrumento investigativo é de uso exclusivo do *parquet*, ou seja, só este ente tem o poder de presidi-lo. Diferente do que se imagina, nenhum outro legitimado previsto no artigo do 82 do CDC tem essa atribuição. O que é permitido tanto aos legitimados como qualquer cidadão é provocar o Ministério Público com elementos visando a instauração deste procedimento. Poderia-se de forma ampla fazer uma analogia deste procedimento como inquérito policial feito pela polícia.

Outro ponto que se assemelha com inquérito policial é sua dispensabilidade para propositura das respectivas ações, no caso do Ministério Público Ação Civil Pública e no inquérito policial a Ação Penal Pública. Dessa maneira se o Ministério Público já contém elementos e subsídios suficientes para propor ação, não se justificaria um desgaste de custo de todas as naturezas para protelar tal propositura, logo o inquérito civil não é condição *sine qua non* para Ação Civil Pública.

O procedimento administrativo do inquérito civil é algo que gera muitas divergências, tanto na doutrina como na jurisprudência. Logicamente o questionamento se este procedimento estaria sujeito a princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa gera grande margem para discussão.

Apesar da doutrina e jurisprudência se dividirem quanto a submissão aos princípios processuais contidos na Constituição Federal, entendemos que o inquérito civil não estaria sujeito a estes princípios, inicialmente por este não acarretar na

---

<sup>38</sup> Motoari Giccheti de Souza, **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**, ed. Saraiva, São Paulo 2001, p. 85.

privação de liberdade ou de bens privados de qualquer que seja. Logo, mesmo que tratasse de procedimento administrativo que não tivesse como escopo a privação de liberdade ou de bens, salvo melhor juízo, não estariam submetidos ao contraditório e ampla defesa. O Professor Ricardo de Barros Leonel acrescenta que: “Note-se ainda que, nos procedimentos destinados à simples colheita de informações sem aplicação de sanções, utilizados para auferir viabilidade ou necessidade de instauração de processo administrativo ou judicial, não há partes propriamente ditas, mas sim um autoridade investigante, de um lado, e de outro o investigado, pessoa física ou jurídica.”<sup>39</sup>

Outras características presentes no inquérito civil seriam sua informalidade, inquisitorialidade e a publicidade. A informalidade se deve ao seu papel de instrumento investigativo administrativo. Este se destina, conforme já dito, buscar elementos e subsídios para propositura da ação, esta informalidade se refere a atribuição dada ao presidente do inquérito que deverá indicar os momentos dos procedimentos a serem tomados, o vínculo que permanece é uma pertinência e lógica em busca de um objetivo, qual seja, coleta de materiais para ação.

A inquisitorialidade se deve ao fato do inquérito civil não ser um processo administrativo em espécie, ou seja, com todos requisitos inertes a este, mas um procedimento que busca elementos. A característica investigatória, muito questionada e temida, se deve ao fato da repercussão social dada ao procedimento, obviamente que este procedimento busca elementos e não a determinação de uma pré-compreensão, um pré-julgamento.

Bem verdade que não são raras às vezes que um mínimo número de promotores e procuradores desvirtuam o fim do procedimento. Repete-se, uma minoria destes. Seria pertinente ignorar tal fato, que é real, e agradecer a classe do Ministério Público, mas perderíamos nosso compromisso ético e científico em não mencionar tal fato social.

Por fim, há característica da publicidade no procedimento. Isto implica dizer que salvas exceções necessárias de sigilo, o inquérito civil poderá ser consultado por qualquer cidadão interessado. A instauração do Inquérito Civil bem como outros procedimentos administrativos tem previsão por meio do artigo 26, inciso I da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP<sup>40</sup>.

No Estado de São Paulo, por meio da Lei Complementar Estadual nº 734/93 há previsão para um procedimento prévio ao início do inquérito civil, em específico por meio dos artigos 104, II e 106, § 1º. Acresce o Professor Motauri Giccheti que: “Nos termos do art. 106, § 1º, da LOEMP e do Ato nº 19/94 do Colégio dos Procuradores de Justiça, o procedimento preparatório de inquérito civil será instaurado quando o órgão do Ministério Público necessitar de novos elementos para verificar se determinados fatos podem efetivamente ser tutelados pela Instituição. Em outras palavras, havendo dúvida, poderá o órgão do Ministério Público instaurar procedimento preparatório de inquérito civil visando a coleta de elementos necessários para firmar a sua convicção”<sup>41</sup>.

Entende-se bastante pertinente tal procedimento preparatório, justamente para se evitar o que vem ocorrendo em certas localidades do país, ou seja, uma banalização do instrumento com conseqüente implicância nos reais objetos das

---

<sup>39</sup> Leonel, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**, p. 321.

<sup>40</sup> Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los.

<sup>41</sup> Motoari Giccheti de Souza, **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**, ed. Saraiva, São Paulo 2001, p. 88.

ações coletivas e ações civil pública. Excesso de cautela não faz mal a ninguém. Logicamente, que tal como o inquérito civil não é condição para ação, o procedimento preparatório também não é exigência para o procedimento do inquérito civil. Por outro lado, salienta-se lembrar que se o procedimento preparatório do inquérito civil, por si, já satisfazer os elementos necessários para propositura da ação, conforme já afirmado, não será necessário inquérito civil. Outro detalhe deste procedimento preparatório é que este como regra é sigiloso, diferente do inquérito civil.

O procedimento do Inquérito Civil se dar em três fases. A fase da instauração, onde este tem início, poderá ser provocado por portaria, despacho que acolhe representação e determinação do Conselho Superior do Ministério Público ou do Procurador Geral.

Sem embargo, o meio mais utilizado é a portaria para início do procedimento. As hipóteses ocorrem na ciência de fatos, os quais possam ser objetos do procedimento. É o caso de ciência interna de fato, que pode ocorrer até devido a uma repercussão no meio social. Entende-se não haveria uma representação em si, na sua formalidade, podendo até em se falar em denúncias anônimas.

Passada fase de instauração iniciasse a instrução, nesta instrução caberá ao presidente apurar elementos para se verificar os fatos e a respectiva autoria, mas uma vez se assemelhando ao inquérito policial. Dois instrumentos tornam-se fundamentais para o exercício deste procedimento, *in casu*, as notificações e as requisições. Enfatizamos tais instrumentos justamente para a efetivação do controle em abstrato do contrato. Como sabido muitos fornecedores, principalmente em contratos e relações contínuas como os de empréstimos, não dão acesso aos consumidores do inteiro teor dos contratos. Ficando estes sendo arquivados em algum local, onde dificilmente o consumidor terá acesso. Com os instrumentos da notificação e requisição, este último em destaque, facilitará a busca de elementos necessários para esta instrução.

Efetivadas todas diligências, acolhidos os elementos necessários para comprovação do fato vetor do procedimento e a busca do responsável por este, decidirá o Ministério Público a pertinência ou não para a propositura da ação civil, ou o arquivamento do procedimento. Considerando que o interesse seja o âmbito administrativo, justamente onde cabe o controle em abstrato contratual, consideraremos apenas a hipótese do arquivamento do inquérito.

Firmado o entendimento que houve alguma ameaça de dano ou o dano em si, caberá ao Ministério Público a propositura da ação judicial ou mesmo administrativa.

Caso negativo, ou seja, não se vislumbre elementos necessários para seguir o procedimento, seja judicialmente ou administrativamente, o promotor responsável pelo inquérito determina o arquivamento e fundamenta tal decisão, de acordo com o artigo 9º da LACP. Cabe lembrar que esta decisão está sujeita a um reexame necessário do Conselho Superior do Ministério Público. Não se trata de uma opção, mas sim de uma obrigatoriedade.

Pede-se licença para apresentar a pertinente lembrança feita pelo Professor Motauri, a respeito da decisão do Conselho Superior: "O julgamento do inquérito civil poderá levar o Conselho Superior a adotar uma em três posturas: a homologação do arquivamento, sua rejeição ou a conversão do julgamento em diligência. (...) Entendendo o Conselho Superior que a hipótese não era de arquivamento do inquérito civil, ele o rejeitará. A rejeição do arquivamento traz em si

Segunda conclusão, que é imediata e indissociável da primeira: e de que a ação civil pública será proposta pela Instituição. (...) A outro órgão do ministério Público, que não o autor do arquivamento, cuja convicção é preservada mercê da independência funcional assegurada pelo art. 127, § 1º da CF<sup>42</sup>.

### 10.3. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Grande gerador de polêmicas e entendimentos diversos é o Compromisso/Termo de ajustamento de conduta acrescido na Lei 7.374/85 (LACP) em seu artigo 5º, parágrafo 6º pela Lei de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). As principais divergências trazidas por esta possibilidade de composição, se devem principalmente quanto sua natureza jurídica e seus efeitos.

Considerando tal possibilidade de composição, tanto para a para Ação Civil Pública como a Ação Coletiva, inicia-se a controvérsia quanto a disponibilidade do bem jurídico tutelado. Logo, apesar da Lei 8.078/90 em seu artigo 82 ter dado legitimidade processual para aqueles elencados, permanece a dúvida quanto a disponibilidade de compor com outros um direito material, o qual não é titular.

Tem-se tal situação um maior enfoque justamente por tratar-se de direitos e interesses coletivos *lato sensu*, o que implica dizer um direito transindividuais de natureza indivisível, grande parte dos casos. Logo, sem entrar em outra grande discussão, os legitimados (extraordinários) mediante uma substituição processual defendendo direito alheio.

É questionada esta legitimidade em sede processual, se aquele que teria interesse processual coincidiria com aquele que tem interesse na causa, imagina-se tal complexidade para afirmar a possibilidade de alguém transigir direito indisponível de outrem.

Conforme ensina o Professor Hugo de Nigro Mazzilli, com exceção da norma que trata da Improbidade Administrativa, tem-se uma necessidade de mitigar a indisponibilidade dos interesses públicos e transindividuais, se entende até por ponderação de princípios legais, como exemplo o legislador fora expresso para tal permissão conforme prever o artigo 211 do estatuto da Criança e do Adolescente.

Sem efeito, mas importante lembrar que no próprio CDC havia menção expressa por meio do parágrafo 3º do artigo 82, vetado pelo presidente. Não se entende qual intenção com este veto, pois na mesma legislação fora sancionado o art. 113 que continha a mesma possibilidade, acrescentando ainda na Lei 7.347/85.

O Professor Hugo Nigro, conclui que: “Podemos, enfim, concluir que óbice algum existia ou existe para conferir-se qualidade de título executivo extrajudicial a compromissos administrativos de ajustamento de conduta. E, se vetado foi o § 3º do art. 82 do CDC, inadvertidamente o presidente da República sancionou e promulgou na íntegra o art. 113 do mesmo estatuto, que, de forma até mais ampla, introduziu o compromisso de ajustamento de conduta em matéria afeta à proteção de quaisquer interesses transindividuais, sejam ou não ligados às relações de consumo<sup>43</sup>. Outra discordância ocorre quanto aos legitimados a firmarem o ajustamento de conduta. O § 6º do art. 5º da Lei que regula a Ação Civil Pública faz menção apenas aos “órgãos públicos” legitimados do artigo 82 do CDC.

Perfilhamos com o entendimento do ilustre Hugo de Nigro, que entende que esta legitimidade para firmar ajustamentos de conduta não para os mesmos

<sup>42</sup> Motoari Giocchetti de Souza, **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**, ed. Saraiva, São Paulo 2001, p. 100.

<sup>43</sup> Hugo de Nigro Mazzilli, **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo** ..., p. 355.

legitimados para promover a Ação Civil ou a Coletiva. No momento que o legislador determinou que apenas órgãos públicos podem ajustar as condutas, já excluiu-se de imediato a possibilidade para os sindicatos e associações.

Logo, restaria esta possibilidade para o Ministério Público e o Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Salienta-se ainda que a possibilidade dada ao Estado se restringiria a administração direta como regra, no caso da administração indireta apenas nos casos em que estas representem sua finalidade específica. A preocupação para que esta atribuição seja restrita se deve ao fato dos efeitos e garantias resultante desta composição, em destaque, uma preocupação com os possíveis aderentes destes ajustamentos.

#### **10.4. O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Inicialmente para não entrar em contradição após análise do Termo de Ajustamento de Conduta principalmente quanto seus efeitos. Algumas considerações devem ser feitas, apesar do veto inócuo o controle prévio e abstrato é exclusivo do Ministério Público. O inquérito civil também é um instrumento exclusivo do *parquet*. Não ocorrerá um menor risco, diferente de outros ajustamentos não fazer efeito perante outros legitimados, pois se for firmado um TAC para alteração, inclusão, ou exclusão de cláusulas no contrato não haverá razão para uma possível ação coletiva requerendo a declaração de nulidade de algo que não existe. A segurança no caso para o fornecedor dependerá apenas de si, pois não constando cláusula abusiva em seu contrato padrão não haverá o que temer.

Pede-se licença para apresentar os dispositivos legais vetados que tratavam do controle administrativo do Ministério Público, vetado pela Presidência da República<sup>44</sup>. Entende-se que o único efeito desses vetos seria a não obrigatoriedade dos fornecedores enviarem as cópias dos formulários padrão, ou seja, os contratos, ao Ministério Público para efetivar o controle.

Porém, através de todos os outros mecanismos estudados para início de inquérito civil, e até mesmo preparatório do inquérito civil é totalmente válido para realização do controle administrativo e em abstrato do *parquet*. Destaque-se ainda mais quando esta provocação é feita por um consumidor mediante representação. *A priori* é defendido este controle para os contratos de adesão, isto porque este tipo de contrato, ou prática comercial, caracteriza e representa de melhor maneira a exposição da coletividade, logo o controle não buscará favorecimento direto de um consumidor isolado, mas toda a coletividade sujeitos a tais práticas, inclusive como será visto o principal objetivo do controle é o caráter preventivo.

Seria identificado prioristicamente duas situações para o controle do Ministério Público. Para o interesse ou direitos difusos o controle seria exercido para a coletividade que está exposta a estes contratos, ou seja, a coletividade em seu caráter difuso não haveria contratado ainda, mas estão expostas a estes contratos, até por eles serem uma constante oferta. A prevenção neste caso é mais patente.

---

<sup>44</sup>Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

§ 3º (vetado) – O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.

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

§ 5º (vetado) - Cópia do formulário padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

No coletivo *stricto sensu* haverá através do contrato a relação jurídico base, neste caso já teria ocorrido a contratação. O Controle será preventivo para posteriores contratantes, e para aqueles com os contratos já firmados, de acordo com a solução adotada (inclusão, exclusão ou alteração de cláusula) a não submissão de possível abusividade.

Para estas situações não há que se questionar o papel do Ministério Público, a finalidade da norma dada pela Constituição Federal por si já justificaria o controle, inclusive as atribuições dadas pela lei maior não se restringe ao âmbito judicial. Seria uma total incoerência, ciente do papel do Ministério Público, restringir sua atuação apenas junto ao judiciário.

Os motivos do veto foram analisados pelo professor Nelson Nery Júnior. Seriam dois os argumentos dos vetos, que deveria haver a previsão em lei orgânica do ministério público para realização do controle e que só caberia o controle dos negócios jurídicos ao judiciário.

O próprio Professor Nery refuta tais motivos, inicialmente, pois a Lei Orgânica caberia apenas regular os trâmites burocráticos e administrativos internos do Ministério Público, além de que se Carta Magna dá estas atribuições o que seria uma Lei Ordinária para desmentir. Quanto a questão da apreciação do judiciário aos negócios jurídicos (art. 5º, XXXV da CF), não se nega esta apreciação, este argumento é totalmente infundado. É lógico, nem poderia o Ministério Público, evitar tal apreciação. Ademais, apesar de todas as atribuições dado ao órgão do Ministério Público este também deve obedecer todas as normas da administração, inclusive seus atos administrativos devem ser todos fundamentados e possivelmente questionados em juízo.

Neste aspecto inclusive, estaria o *parquet* auxiliando o judiciário, para que tais questões contratuais não cheguem até o judiciário, sendo mais um processo perdidos nos cartórios. O Professor Roberto Senise Lisboa entende que controle contratual administrativo seria exercido pelo *parquet* numa fase pré-inquérito, com todo respeito, entendemos junto com o Professor Luiz Renato Lopam que o controle administrativo abstrato se dá em sede do inquérito. Isto se deve ao fato da cláusula analisada, se considerada nula fará parte do relatório do inquérito, o que caso justifique uma propositura de ação já estará previsto e fundamentado, inclusive para análise do Conselho Superior do Ministério Público.

Dentre estas características, é visto não um contrato em si, mas uma submissão da relação. Poder-se-ia questionar a possibilidade do consumidor não aderir tal imposição, porém há de se entender que praticamente determinados serviços, em sua maioria, não há alternativas, restando ao consumidor diante sua necessidade e ignorância a adesão. Como muito bem colocado por Arruda Alvim: "... o forte lograva obter o que o fraco não queria, nem desejava, mas o que acabava aceitando, pois era importante ou vital mesmo realizar o negócio".<sup>45</sup>

Sem se estender ainda mais, concentremos ao proposto no tema. Controle dos Contratos de Consumo. A necessidade dos controles de contrato de consumo é mais do que necessária, especificando nos contratos de financeiras por adesão, obrigatoriamente deve-se frisar uma das principais questões peculiares não só do contrato, mas de todo CDC, que é a informação.

Como pré-estabelecido no tópico, trataremos da possibilidade do Controle Administrativo das Cláusulas dos Contratos de Adesão pelo Ministério Público Estadual, Federal ou ambos como bem permite o artigo 5º, parágrafo 5º da Lei

---

<sup>45</sup> Arruda Alvim, Revista de Direito do Consumidor nº 20, "Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro", p. 55.

7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, concluindo que se há um permissivo para atuarem juntos, através de um litisconsórcio facultativo, inquestionável se faz discutir administrativamente, através de inquérito civil.

Não há de se questionar a possibilidade do Ministério Público, provocado por um cidadão no exercício de sua cidadania, deparando-se com algum tipo de lesão a um direito difuso ou coletivo, solicite de acordo com preceitos básicos constitucionais e normas específicas de ordem pública, auxílio deste órgão diante de suas atribuições institucionais à defesa do consumidor.

Quanto à questão do Controle Administrativo de Contratos pelo Ministério Público, a doutrina aliada à Lei de Ação Civil Pública e o CDC, não deixam dúvidas quanto à sua possibilidade. No entendimento da Professora Cláudia Lima Marques: “Papel do Ministério Público e das entidades de proteção ao consumidor – O projeto original do Código de Defesa do Consumidor apresentado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor/MJ à sociedade brasileira em 1989 previa uma atuação decisiva do Ministério Público como verdadeiro Ombudsman do mercado, a assegurar que as normas de equidade e boa-fé do CDC tivessem repercussão prática no mercado de consumo, especialmente no controle prévio dos contratos de massa a serem oferecidos aos consumidores... O papel do Ministério Público continua, porém, decisivo na proteção do consumidor, seja como órgão de conciliação, seja como legitimado para ação civil pública, seja como órgão legitimado para propor a ação de controle em abstrato das cláusulas abusivas, segundo o § 4º do art. 51”<sup>46</sup>.

Assevera ainda o Professor Nelson Nery Júnior, que: “Cumprir observar, ainda que o *parquet* tem atribuição funcional e legitimidade para agir, tanto para efetuar o controle administrativo das cláusulas contratuais gerais do contrato de adesão, quanto para pleitear judicialmente a exclusão, modificação ou declaração de nulidade de cláusula que entenda ser abusiva”<sup>47</sup>.

Conclui-se, apesar de raríssimas posições contrárias, a possibilidade dos Ministérios Público ciente do seu papel fundamental e necessário, como guardião da lei o Controle Administrativo em Abstrato dos Contratos, assegurado de uma norma de ordem pública que é o Código de Proteção e Defesa do Consumidor em seu artigo 90, bem como o artigo 8º, § 1º, da Lei 7.347/85, mas principalmente do exercício de seu direito institucional, previsto pela Carta Maior na defesa dos cidadãos, no caso específico impossível de ser determinado em seu interesse ou direito transindividual, ou seja, interesse difuso, diante de tantas práticas abusivas deste mercado capitalista, sem um mínimo de orientação ou amparo.

Se como analisado no item que trata do inquérito civil o Ministério Público pode tomar inúmeras medidas em prol da coletividade, o que diria a análise simples de um contrato. Até porque excetuando-se alguns casos que dependerá da interpretação, haja vista o rol do artigo 51 CDC (anexo 02) não ser exaustivo, a cláusula não será abusiva porque o Ministério Público quer que seja, mas porque o legislador assim o quis. Ora, o que estaria fazendo o Ministério Público senão fazendo seu papel de guardião da lei?

Se há uma real cláusula abusiva o fornecedor será convidado a discutir com o representante pelo inquérito uma possível alteração, exclusão ou inclusão, de modo que o contrato perca sua abusividade. Caso seja positivo e o fornecedor aceite, digamos a recomendação, será firmado um termo de ajustamento de

---

<sup>46</sup> Cláudia Lima Marques, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, p. 954, 4ª Ed, RT

<sup>47</sup> Nelson Nery Júnior, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, 7ª Ed, p. 570, Editora Forense Universitária.

conduta. Dentre outras vantagens, ratifica-se que neste tipo de TAC o fornecedor não terá nada a perder, e ainda se assegurar contra os outros legitimados, pois aquela cláusula que fora ajustada para perder sua abusividade não existirá mais, logo uma possível ação coletiva requerendo a nulidade de cláusula perde totalmente seu objeto. Por este mesmo fato, por esta mesma cláusula não há mais o que se discutir, só restaria aos outros legitimados a litigância de má-fé.

Caso infrutífera tentativa em ajustar a conduta não restará outra saída ao Ministério Público senão ajuizar uma Ação Civil Pública solicitando a declaração de nulidade da cláusula abusiva. Caso plenamente possível dos outros legitimados do artigo 82 do CDC figurarem como litisconsórcio facultativo. Então se questiona, dentre inúmeras atribuições do Ministério Público, inúmeras possibilidades de ações do Ministério Público como prever o artigo 83 do CDC. O *parquet* tem total liberalidade de prover seu inquérito civil, ajustar condutas, solicitar diligências em todas as naturezas de provimentos para a defesa dos interesses *coletivos lato sensu*, verificada a abusividade de uma cláusula contratual, que é recorrente, o Ministério Público teria suas mãos atadas neste momento?

Sinceramente não existe nenhum fundamento, nem óbice para o controle de cláusulas em abstrato pelo Ministério Público, em destaque contratos de adesão. E de todo inadmissível não aceitar tal controle. É necessário que fique entendido, que este controle pelo Ministério Público dos contratos por adesão, visa não anulação da relação contratual como um todo, e sim a declaração de nulidade da cláusula que desequilibre a relação, cláusula esta comumente conhecida por abusiva. Há de se notar que o legislador no artigo 51 do CDC, não definiu Cláusula Abusiva, então para facilitar o entendimento, devemos entender por cláusula abusiva, dentre aquelas elencadas, aquela onde ocorra uma excessiva desvantagem ou onerosidade do consumidor, neste caso por estarmos tratando do CDC, em relação ao fornecedor.

## 11. CONCLUSÃO

A escolha do tema se deve ao fato ao crescente número de consumidores endividados. Obviamente que o fator social se justificaria para tal fenômeno. Mas, o acesso ao consumo hoje, principalmente a população com poder aquisitivo menor se dar inevitavelmente por um contrato de mútuo, em sua modalidade de empréstimo financeiro. Seja pelo cheque especial, cartão de crédito, financiamentos, empréstimos consignados em folha, o clássico contrato imobiliário com a famosa *tabela price*, a geração do superendividamento é a mesma. As casas mais populares de móveis e eletrodomésticos atualmente já tem até autorização do BACEN como instituição financeira o fosse. Fato justificativo para dúvida do consumidor não saber se está comprando um bem de consumo ou se submetendo ao contrato de empréstimo financeiro.

Engana-se quem pensa que o fato ocorre apenas com a população de baixa renda. Caso tente-se comprar um automóvel novo as concessionárias expõem em seus anúncios publicitários um preço a quem vá comprar com o financiamento próprio menor de quem fosse comprar o mesmo automóvel à vista. A intenção das montadoras através de seus bancos é vincular seus consumidores em financiamentos com um prazo mínimo de 48 meses, ou seja, o consumidor só pode pagar no máximo 20% de entrada. Obviamente que não faz isto de bonzinho para querer agradar o consumidor, e sim que descobriu algo que não nenhuma novidade, ou seja, emprestar dinheiro à juros é a atividade mais lucrativa do mercado de consumo com menor risco do negócio possível, e além de ter o próprio automóvel

como garantia, o contrato em si deste financiamento de vê conter outros inúmeros excessos de garantia.

Toda prática se justifica inicialmente pela vulnerabilidade do consumidor. Ora se até para os mais *experts* em direito e contabilidade descobrir onde se encontra as abusividades das fatorizações e das cláusulas contratuais já requer muita cautela, imagine a grande massa de consumidor. Além disso, o risco do negócio é tão reduzido que nada justifica parar com tais práticas ou abusos. Inicialmente quando um de tantos consumidores se torna inadimplente os outros pagam por ele, e ainda é irrisório o número de consumidores que questionam tais contratos em esfera administrativa ou mesmo judicial, não o bastante as políticas econômicas e tendenciosas normas do executivo também incentivam tais práticas. Também não é à toa que os bancos todos anos batem recordes de faturamento. Ora, a teoria dos jogos também justifica tal prática, ou seja, é mais 'eficiente' lesar o consumidor do que deixar de praticar as abusividades.

A luta é desleal, mas enxerga-se e destaca-se para tais situações uma última esperança que é o Ministério Público e Poder Judiciário exercitarem o controle contratual. Destacando-se a modalidade incidental do judiciário e o administrativo em abstrato pelo Ministério Público. Não reflete num fim á causa ao superendividamento, a onerosidade excessiva, mas sem embargo trata-se de relevante e poderosa ajuda à causa consumerista. Como já defendido não trata-se de nenhuma descoberta, mas apenas da constatação da brilhante intenção do legislador atribuir um instrumento a estes atores para proteger o consumidor. Bem verdade que o principal órgão para exercer fiscalização e controle pelas práticas, não diretamente em prol do consumidor, mas para todo o mercado seria o BACEN. Entretanto, torna-se difícil entender a natureza deste órgão, totalmente indecifrável e autônomo a qualquer ordenamento.

## 12. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Revisão dos Contratos no Código do Consumidor**. Revista Direto do Consumidor nº 33, RT, São Paulo.

ALVIM, Arruda. Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor** nº 20.

AMARAL Jr., Alberto. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas na Relação de Consumo. **Revista Direto do Consumidor** nº 06, RT, São Paulo.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Nulidade Da Nota Promissória Dada Em Garantia Nos Contratos Bancários**, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º Volume – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

DONINNI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Pós Contratual – No Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**, 8ª ed. São Paulo: Atlas 2005.

GRAU, Eros. **Interpretando o Código de Defesa do consumidor; algumas notas.** Revista Direito do Consumidor nº05, RT, São Paulo.

GRINOVER, Ada Pelegrini, BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery, DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam.** Biblioteca de Direito do Consumidor nº 16, RT, São Paulo, 2001.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Las Cláusulas Abusivas En La Contratación (Informe del derecho argentino). **Revista Direito do Consumidor** nº 44, RT, São Paulo.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1991.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática.** Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**, São Paulo, RT 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**, São Paulo, RT, 1997.

LUCCA, Newton de, **Direito do Consumidor, Teoria da Relação de Consumo**, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2003.

LYRA, Marcos Mendes. **O Controle das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo.** Dissertação de Mestrado defendida na PUC-SP, 1999.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto Macedo. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**, Ed Max Limonad, São Paulo, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – arts. 1º a 74 – Aspectos materiais.** São Paulo, RT, 2004.

\_\_\_\_\_ - **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 4ª Ed, RT, São Paulo 2002.

\_\_\_\_\_ - Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” No Combate às Cláusulas Abusivas. **Revista de Direito do Consumidor** nº 45, RT, São Paulo.

MAZZILLI, Hugo Nigri. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 18ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

MILARÉ, Édís. **Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985 – 15 anos**, 2ª Ed., São Paulo, RT, 2002.

NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 3ª Ed., RT, São Paulo 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial.** São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil Vol. III**. Rio de Janeiro: Forense, 4ª Ed., 1995.

SCARVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Juros no Direito Brasileiro**, RT, SP 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2002.

SOUZA, Motauri Giocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_ - **Interesses Difusos e Coletivos**. Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

TOPAN, Luiz Renato. Do Controle Prévio e Abstrato dos Contratos de Adesão pelo Ministério Público. **Revista Direto do Consumidor** nº 06, RT, São Paulo.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão – Direito das Obrigações**. [Tradução Luiz Dória Furquim] Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.