

Da atuação preventiva do ministério público: por um controle antecedente como requisito formal na formação dos contratos de consumo

The preventive action of the public prosecution office: for advance control as a formal requirement in the formation of consumer contracts

Danielle Spencer¹
Solon Ivo da Silva Filho²

131

Resumo: Este artigo tem como objeto o estudo das cláusulas abusivas, objetivando demonstrar a importância do seu efetivo controle através de uma atuação preventiva do Ministério Público como requisito formal dos pactos nas relações de consumo. Para se vislumbrar a atuação antecedente do Ministério Público, na fase de formação dos contratos de consumo, apresenta-se imperiosa a apreciação normativa e doutrinária a respeito das cláusulas abusivas, para que, na sequência, adentrando na atribuição constitucional do Parquet, possa ser referendada a necessidade de operacionalização precedente do Ministério Público, na direção de afastar as cláusulas abusivas dos contratos de consumo em momento anterior ao início de vigência destas manifestações bilaterais de vontade, tudo com o fim de proteção do consumidor no mercado de consumo.

Palavras-chave: Ministério Público. Fiscalização. Cláusulas Abusivas

Abstract: This article aims at studying abusive clauses, aiming to demonstrate the importance of their effective control through a preventive action of the Public Prosecutor as a formal requirement of pacts in consumer relations. In order to see what the Public Prosecutor's Office has done in the forming phase of consumer contracts, a normative and doctrinal assessment of abusive clauses is imperative, so that, subsequently, entering into the constitutional assignment of the Prosecution, the need for the prosecution's previous operationalization can be referred to in the direction of removing abusive consumer contract clauses prior to the entry into force of these bilateral manifestations of will, all with the aim of protecting consumers in the consumer market.

Keywords: Prosecutor. Surveillance. Abusive Clauses

¹ Doutora em Direito pela UFPE, Advogada e Professora Universitária. E-mail: danielle.spencer@faculdadedamas.edu.br

² Mestrando em Direito pela FADIC, Promotor de Justiça MPPE.

Recebido em 15/11/2023

Aprovado em 20/12/2023

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



1 Da Introdução: Análise do Direito do Consumidor como Direito Fundamental

Este artigo abordará sobre a Atuação Preventiva do Ministério Público como Requisito Formal dos Pactos nas Relações de Consumo como forma de evitar as abusividades tão comuns nos contratos de consumo.

A intervenção do Parquet na fase de formação do contrato perpassa pela verificação do conteúdo de cada uma das cláusulas contratuais, no sentido de identificar a ocorrência de possível abusividade, e, assim, através de uma atuação antecedente, promover a efetiva proteção do consumidor, evitando-se ocorrência de danos em virtude de desconpassos normativos.

Por oportuno, válido salientar que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil consagrou o direito do consumidor como um direito fundamental, impondo ao Estado a obrigação para promover a sua defesa. Mais ainda, o legislador constituinte estabeleceu prazo para dinamizar a regra contida no art. 5º, XXXII, da Carta Política, com base art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como o consagra como cláusula pétrea de acordo com a disposição contida no art. 60 § 4º, da Constituição Federal.

A apresentação do parâmetro do sistema normativo de proteção e defesa do consumidor trazido pela Constituição Federal de 1988 denota o sentimento e a perspectiva do legislador constituinte, voltado, com certeza, a moldar um arcabouço normativo para viabilizar, de forma efetiva, a proteção do consumidor no mercado de consumo. Ultrapassando a análise da norma constitucional e partindo para apreciação das regras insculpidas no Código de Defesa do Consumidor, para além dos direitos básicos do consumidor insculpidos no art. 6º, IV, convém pontuar que os arts. 39 e 51 trazem um rol exemplificativo de condutas e cláusulas consideradas abusivas, entre as quais, de antemão, não deveriam estar inseridas em pactos formalizados no mercado de consumo, violando, portanto, o princípio da boa-fé objetiva e da equidade, o qual impõe às partes contratantes uma conduta proba e justa.

E, assim, afigura-se o Ministério Público, instituição de nobre atuação, apto a impedir a operacionalização de aludidos contratos providos de cláusulas abusivas, como aquele que vela pelo vulnerável, entre as suas funções estabelecidas no art. 129, da Lei Maior.

Na perspectiva de adentrar e abordar a necessidade desta atuação antecedente do Ministério Público, na esfera de formação dos pactos, impõe-se o estudo das Cláusulas Abusivas à luz do

Código de Defesa do Consumidor, bem como tecer breves considerações acerca da passagem da visão clássica à visão contemporânea do contrato. Nesse contexto, em um preâmbulo histórico, convém mencionar que os pactos de natureza privada passavam ao largo dos olhos estatais quando da análise da doutrina clássica contratual. Evoluindo-se a sociedade, através de uma economia mais célere e dinâmica, contratos passaram a ser formalizados, a partir de então, sem a tradicional paridade entre as partes, deixando de ter valor legal e social a regra do “*vale o que está escrito*” quando observado na acepção moderna do contrato.

É o surgimento da teoria da imprevisão. Importa promover, então, o restabelecimento da igualdade no contrato, abalada pela progressão das relações interpessoais. Eis, assim, que surge o Estado, a fim de proporcionar a manutenção de um contrato equitativo e, conseqüentemente, promover a defesa do consumidor, já que este é o sujeito vulnerável da relação de consumo.

É, por sinal, nesta nova fase contratual que advém a necessidade do estudo das cláusulas contratuais, as quais devem estar sempre em conformidade com a boa-fé objetiva e a equidade. Do contrário, são ditas cláusulas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito. Constatando-se, assim, a importância do presente estudo. Dessa forma, este artigo abordará a cláusula abusiva, sua previsão legal, esboçando, ainda, seu conceito e sua inadmissibilidade, o que ocasionará a nulidade da aludida cláusula. Por fim, apresentar-se-ão as formas de controle das cláusulas abusivas pelo Estado, evidenciando a importância da atuação preventiva do Ministério Público, para fins de exclusão da abusividade dos contratos.

Assim, o presente artigo tem como objetivo demonstrar a necessidade de se eclodir uma perspectiva de constituição de contratos de consumo providos de cláusulas fundamentadas nos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, com rechaço absoluto aos pactos de consumo eivados de abusividade, a fim de garantir o direito fundamental do consumidor, conforme consagrado constitucionalmente. E para que haja a formação desta nova concepção, é imprescindível a atuação preventiva do Ministério Público como requisito formal dos pactos nas relações de consumo.

2 Derrogação da Liberdade Contratual: sob o olhar da visão contemporânea do contrato

A Lei Civil Substantiva Brasileira iniciou o Século XXI com a tradicional concepção de liberdade plena para a manifestação bilateral de vontade. Apesar das circunstâncias de fato

direcionarem para uma nova visão das relações interpessoais, ainda vigia, às portas do novo milênio, a consagrada concepção iluminista proclamada pela Revolução Francesa.

Vale o que está escrito. O contrato faz lei entre as partes. *Pacta sunt servanda*. Todas estas expressões caracterizavam a força originada de disposições contratuais, que eram marcadas e solidificadas pela plena liberdade das partes contratantes. Estavam elas, em verdade, a indicar o domínio supremo da manifestação de vontade, vinculando-se os contraentes, ao expressar o seu *animus*, na conformidade da exatidão dos pactos por eles subscritos. Esta forma de contratar fluía do equilíbrio inerente existente na relação contratual.

A evolução do relacionamento humano, entretanto, não permitiu a manutenção geral do equilíbrio contratual. O grande marco de transformação das relações de consumo foi a Revolução Industrial. Em momentos anteriores, os sujeitos do negócio jurídico eram facilmente identificáveis. A partir de então, a produção em larga escala viabilizou a massificação das relações privadas. Contratos, antes individuais, foram, paulatinamente, sendo substituídos por pactos coletivos. Surgia uma sociedade de consumo. Antes, na vigência da sociedade pessoal, os contratos eram formalizados apenas por aqueles que detinham a força produtiva: os meios de produção. Com a massificação, os contratos multiplicaram-se, assim como os sujeitos que deles participavam. A velocidade da produção exigia maior dinamização das negociações. Contratos de outrora, marcados por negociações prévias, foram, pouco a pouco, sendo eliminados. As obrigações passaram a ser formalizadas independentemente de manifestações e discussões *a priori*.

Estava, assim, despojada a verdadeira liberdade contratual. Inicia-se uma fase marcada pela supressão da manifestação livre de vontade. Dantes, as pessoas exerciam a opção de formalização de pactos. Existia a possibilidade e a oportunidade sobre apreciação em relação ao conteúdo de um contrato de formalização iminente.

Há a eclosão de uma nova concepção contratualista, na qual se verifica apenas uma simples e formal liberdade de contratar. Isto porque não havia mais oportunidade de reflexão e discussão sobre as cláusulas obrigacionais. Em suma, concretamente, ter-se-ia: eis as cláusulas; se concordas, subscreve-as. Do contrário, não existiria o contrato.

Tem-se, então, a era dos contratos pré impressos, hoje mais conhecidos como contratos de adesão, conforme expressão originada do Direito Francês. Toda esta conjuntura proclamou, desta forma, o rompimento da liberdade de contratar.

Por outro lado, é importante ter-se que não há mercado sem consumidor. Era preciso não olvidar as partes envolvidas no processo de dinamização dos negócios. Não poderia se admitir prejuízos aos consumidores, violados em sua livre manifestação de vontade, em prol da velocidade contratual. Estava a exigir o momento social uma nova ordem jurídica. Era urgente a proteção dos consumidores, os quais agora, muitas das vezes, segundo manifesta Calais-Auloy, “aderem globalmente ao contrato sem conhecer todas as cláusulas”. (*Apud* MARQUES, 2016, p. 9)

Apresenta-se, pois, como um dos regramentos modernos, o Código de Defesa do Consumidor, o qual é consequência da tentativa de restabelecimento do equilíbrio da relação contratual, “é reflexo de uma nova concepção mais social do contrato, onde a vontade das partes não é a única fonte das obrigações contratuais, onde a posição dominante passa ser a da lei, que dota ou não de eficácia jurídica, aquele contrato de consumo”. (MARQUES, 2016, pp. 280 e 281).

É a constituição de uma sociedade de consumo, exigindo nova estrutura de regulamentação contratual originada de uma comunidade de massa. Derroga-se a liberdade contratual, a fim de atender as necessidades de um sistema de produção e distribuição em larga escala, dar-se início à fase da contemporaneidade do contrato e, conseqüentemente, ao surgimento das cláusulas abusivas.

3 Das Cláusulas Abusivas: compreendendo-as para combatê-las

A Seção II do Capítulo VI, do Código de Defesa do Consumidor, apresenta o tema ‘Das Cláusulas Abusivas’. O primeiro dispositivo legal desta Seção, art. 51, inaugura o instituto com a consequência marcante da sua existência: a nulidade absoluta.³ *A posteriori*, trata a mesma norma de indicar as circunstâncias consideradas como cláusulas abusivas. Por isso, taxadas, *ex lege*, abusivas.

É importante mencionar que o elenco das cláusulas abusivas tipificadas pelo art. 51 da Lei Federal nº 8.078/90 não se exaure em si mesmo. Em outras palavras, “o elenco das cláusulas abusivas apresentado no art. 51 é exemplificativo. E aqui não há muito que argumentar, porque a redação do caput traz expressão que deixa patente o critério da lei: diz ‘entre outras’.” (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 573)

³Art. 51, CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços.”

O caráter exemplificativo das cláusulas abusivas ainda pode ser demonstrado pelas disposições contidas no Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997.⁴ Nessa linha, o seu art. 56 disciplina que

Na forma do art. 51 da Lei nº 8.078, de 1990, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a Secretaria de Direito Econômico divulgará, anualmente, elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art. 22 deste Decreto.

Importa, porém, salientar que a caracterização da abusividade não decorre da adequação do fato concreto à descrição de uma das hipóteses legais, seja prevista no CDC, ou mediante Portaria do Ministério da Justiça, via Secretaria de Direito Econômico.

A abusividade, para além de decorrer da expressão literal da lei *lato sensu*, pode advir da observação do julgador, ao perceber que a cláusula descreve situação desfavorável, vexatória, opressiva ao consumidor, e assim reconhecer a sua abusividade, ainda que não esteja prevista em lei. Desta forma, “sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor” (NERY JUNIOR, 2001, p. 505)

Outrossim, não cuidou a legislação vigente de estabelecer uma definição de cláusulas abusivas. Ademais, tal denominação decorre da nova concepção decorrente da socialização do contrato, ou mesmo, da visão contemporânea do contrato.

A era clássica e individualista do Direito Civil não era, pelas suas próprias características, propícias ao surgimento de tal expressão. A autonomia da vontade denotava a inexistência de circunstâncias limitadoras à formalização de pactos. Descabida, desta forma, à época, a abordagem sobre abusividade, como descrito no item anterior.

A função social foi inovadora e proporcionou limitações à liberdade de contratar, ou melhor, a liberdade contratual. Não tinha mais o contrato, apenas, como objetivo atender aos anseios das partes contratantes; imperioso era satisfazer aos reclamos sociais, a partir da concretização da justiça e da equidade. O estabelecimento de práticas ilegais e desleais passaram, de forma evidente, a serem execradas, a fim de sustentação da paridade contratual, por isso, a abusividade era

⁴Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

incompatível com o novo modelo ora apresentado. O dirigismo contratual, então, fez emergir a expressão ‘cláusula abusiva’, a qual significa a extrapolação dos limites impostos à manifestação da vontade.

Não há, pois, uma definição precisa para cláusula abusiva. A abusividade pode ser visualizada com uma conotação subjetiva, ou seja, entendida como o uso (subjetivo) malicioso ou desviado de suas finalidades sociais, de um poder (direito) concedido a um agente. Pode, também, ser interpretada através de uma visão objetiva, como decorrência de desconformidade em relação à boa-fé objetiva. Não há que se considerar a boa-fé como uma convicção da parte contratante, ou como uma análise das suas peculiaridades individuais e subjetivistas. Faz-se necessário observar a concretização das cláusulas formalizadas, as suas consequências, a fim de identificar se houve a vontade maliciosa do contratante (fornecedor) em promover situação desvantajosa e onerosa para o consumidor.

A tendência hoje, no direito comparado e na exegese do CDC, é, portanto, conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva, observando mais seu efeito e não tanto repreender uma atuação maliciosa ou não subjetiva. Essa é a melhor solução em uma sociedade de massa, onde não se pode conceber que uma cláusula seja abusiva porque utilizada pelo fornecedor A, forte cadeia de lojas, e não, se utilizada pelo comerciante B, microempresa, em contratos com um mesmo consumidor. (MARQUES, 2016, p. 408).

Segundo a orientação objetivista, respaldada na Diretiva nº 93/13, de 05 de abril de 1993, da Comunidade Europeia, em seu art. 3º, disciplina que: “as cláusulas contratuais que não se tenham negociado individualmente considerar-se-ão abusivas se, frente as exigências da boa-fé, causam em detrimento do consumidor um desequilíbrio importante entre os direitos e obrigações das partes que derivam do contrato”.

Desta forma, cláusulas abusivas podem ser definidas como

as que surgem do exercício irregular do direito à liberdade de contrato, tendo por fim a total ou parcial submissão dos interesses de uma parte econômica, técnica ou juridicamente mais vulnerável, aos interesses da mais forte, que as estipulou, e, por efeito, o desequilíbrio entre direitos e deveres. (SILVA, 2005, p. 172)

Ou seja, na expressão de Philippe Malinvaud, as cláusulas abusivas devem ser compreendidas, simplesmente, como sinônimas de “cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas ou, ainda, cláusulas excessivas”. (*Apud* NERY JUNIOR, 2001, p. 501).

Dessa forma, as cláusulas abusivas devem ser extirpadas do mundo jurídico, uma vez que contraria sobremaneira toda a concepção que orienta o Código de Defesa do Consumidor. Admitir a sua permanência, ainda que de forma relativa, além de afrontar preceitos legais (art. 6º, IV, 39 e 51, todos do CDC), contraria dois princípios basilares da legislação consumerista, a saber: boa fé objetiva e equidade, bem como afronta mandamento constitucional que considera o direito do consumidor como fundamental e, portanto, reitere-se, cláusula pétrea.

O equilíbrio contratual há que vigorar, a igualdade deve sempre prevalecer, jamais se admitindo desvantagem ou ônus excessivo para quaisquer dos pactuantes. Nessa toada, o Estado, direcionado pelas exigências dos novos fatos (primeiro a Revolução Industrial e, hoje, a Globalização), transformou o seu liberalismo de outrora numa manifestação ativa, consubstanciando no Estado Intervencionista, competindo a ele se posicionar ativamente, não permitindo utilização de formalizações opressivas e vexatórias, principalmente quando um dos sujeitos da relação contratual é o consumidor.

Inadmissíveis, assim, as cláusulas abusivas, seja por contrariar os arts. 6º, IV, 39 e 51, todos do CDC, bem como o art. 5º, XXXII, da Lei Maior; e, ainda, o art. 48 do ADCT, assim como o próprio art. 1º do CDC, o qual caracteriza a legislação consumerista como uma norma de ordem pública e de interesse social, solidificando, desta forma, a não permissibilidade de cláusulas abusivas, suprimindo, dessa forma, a possibilidade de efeitos das aludidas cláusulas, considerando-as, então, nulas de pleno direito.

Por todo o exposto, dever-se-á o contrato atingir a sua função social, satisfazendo os interesses de todas as partes envolvidas e concretizando os princípios da boa-fé objetiva e da equidade, coibindo-se, portanto, a abusividade de suas cláusulas.

A natureza publicista das normas consumeristas (art. 1º CDC) enseja, portanto, a nulidade absoluta das cláusulas abusivas. Em outras palavras, estando em desconformidade com os princípios basilares da legislação de consumo, a cláusula, por isso, dita abusiva, não pode ser validada. Os seus vícios, dessa forma, jamais poderão ser sanados. Assim, “Como a cláusula abusiva é nula, tem de ser destituída de validade e efeito já antes do pronunciamento judicial. Não

há por que aguardar que se busque a declaração de algo que de fato já é” (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 569).

A apresentação de mandamento jurisdicional, reconhecendo a nulidade de uma cláusula abusiva, promove, destarte, efeitos a partir da realização do pacto negocial. Tem-se, então, que o efeito de um pronunciamento jurisdicional, manifestando a existência de cláusula abusiva, é *ex tunc*. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco já se manifestou, pronunciando-se pela retroatividade dos efeitos do reconhecimento de cláusula abusiva, *in verbis*:

139

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. EXCLUSÃO DE TRATAMENTO DE HEMODIÁLISE. CLÁUSULA ABUSIVA. CONTRATO DE ADESÃO FIRMADO ANTES DA EDIÇÃO DO CDC. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. POSSIBILIDADE. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECURSO IMPROVIDO. É abusiva e nula de pleno direito a cláusula excludente da cobertura de tratamento de hemodiálise, inserida em típico contrato de adesão, pois coloca o consumidor em desvantagem, ferindo frontalmente o disposto no art. 51, IV do CDC. Trata-se de cláusula incompatível com a boa-fé e a equidade. O fato de ter sido aprovada cláusula abusiva pelo órgão estatal instituído para fiscalizar a atividade da seguradora não impede a apreciação judicial de sua invalidade, por ser previsão constitucional e garantia expressa no CDC, que rege a espécie. O Código de Defesa do Consumidor, aplica-se aos contratos a partir de sua entrada em vigor, mesmo que eles tenham sido pactuados antes de sua edição, pois as normas nele inseridas são de ordem pública. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que delas surgem podem ser apreciadas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Os requisitos autorizadores da tutela liminar se fizeram presentes, pois sendo o segundo agravado portador de insuficiência renal crônica em fase terminal e necessitando submeter-se a tratamento de hemodiálise, revela-se a urgência manifesta, caracterizando o *periculum in mora*. Doutro turno, a exclusão de cobertura do tratamento não se coaduna com as normas do CDC, nem tampouco com a Lei nº 9656, portanto caracterizada a aparência do bom direito. À unanimidade, negou-se provimento ao Agravo de Instrumento, mantendo-se a decisão guerreada em todos os seus termos. (BRASIL, TJPE, Agr. Inst. 49.610-4, da 4ª Câm. Civ., rel. Des. Jones Figueiredo, pub. DJE 03.08.2002)

Convém, ainda, observar que a nulidade absoluta da cláusula abusiva, além de proporcionar efeitos *ex tunc*, também viabiliza o seu pronunciamento de ofício pelo Poder Judiciário. Senão, algumas decisões exaradas pelos Tribunais de Justiça no Brasil: “Sendo a nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie pleno *iure*, viável o conhecimento e a decretação de ofício, a realizar-se tanto que evidenciado o vício (art. 146, parágrafo, do CDC)” (BRASIL, TARS, Ap. 193.051.216, da 7ª Câm. Civ. do TARS, rel. Juiz Antônio Janyr Dall’Agnol Junior, v.u., j. 19-5-1993), bem como preceitua o julgado colacionado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL - INCOMPETÊNCIA RELATIVA VERIFICAÇÃO DE OFÍCIO - CONTRATO DE ADESÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - ACESSO A JURISDIÇÃO - AMPLO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA - DECISÃO CONFIRMADA. Ante o primado de que o réu há de ser acionado no Juízo do seu domicílio (art. 94, caput. do CPC), não prevalece o foro de eleição previsto em contrato adesivo envolvendo relação de consumo, com indisfarçável revelação de cláusula abusiva (art. 6; incisos VII e VIII, da Lei nº 8078/90). Hipótese assim caracterizada autoriza o magistrado, no momento do despacho inicial, encaminhar o pedido ao Juízo competente, ainda mais porque o acesso a jurisdição deve ser o mais fácil e a amplitude do direito de defesa passa pela comodidade do seu exercício. Agravo improvido. Cassada a liminar (BRASIL, TJPE, Agr. Inst. 35.962-4, da 4ª Câm. Civ., rel. Des. Napoleão Tavares, pub. DJE 09.05.98)

A manifestação de ofício pelo Poder Judiciário tem sido admitida pela jurisprudência até mesmo quando se trata de matéria prevista tradicionalmente pela lei processual civil como de caráter relativo. É o caso da competência em razão do lugar em virtude do domicílio do réu, fixada mediante cláusula de foro de eleição nos contratos de consumo. Nesta hipótese, como se trata de direito do consumidor, o qual, repise-se, é matéria de ordem pública e de interesse social, não há necessidade de requerimento de quaisquer das partes, para que o magistrado se pronuncie sobre a nulidade de uma cláusula, quando esta cria dificuldades ou impossibilita a defesa pelo consumidor.

É nessa linha que têm se pronunciado os Tribunais no Brasil, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, eis que:

PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA DE RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO. COMPETÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE.- Em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o Colendo Superior Tribunal de Justiça já definiu a competência como absoluta, a autorizar a sua declinação, de ofício, pelo magistrado, em favor do domicílio do réu, ao argumento da prevalência da norma de ordem pública que protege o consumidor, parte hipossuficiente no contrato, contra uma flagrante inviabilidade ou especial dificuldade de seu acesso em Juízo.- A eficácia do foro contratual de eleição, na hipótese, viria colocar o consumidor aderente em notória desvantagem, quando obstaculizaria sobremaneira a sua ampla defesa em Juízo, em face do ônus que teria para acompanhar o processo em local distante daquele em que reside.- Cuidando-se de ação derivada de relação de consumo, em que deve ser facilitada a defesa do direito do consumidor (art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90), impende considerar como absoluta a competência do foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. - Afastada, portanto, a incidência da Súmula nº 33 do STJ, cabível apenas em situações de equilíbrio entre as partes, eis que "não é razoável que uma regra jurisprudencial, prevista para a generalidade das situações, continue sendo aplicada quando evidente o abuso e a negação de acesso à Justiça". Neste sentido: STJ - 2ª Seção - CC nº 17.735-CE.- À unanimidade de votos, negou-se provimento ao agravo (BRASIL, TJPE, Agr. Inst 44.149-0, da 4ª Câm. Civ., rel. Des. Jones Figueiredo, j. 08.06.00)

Diante, portanto, de uma cláusula abusiva, urge, pois, reconhecer a sua ausência de validade, como consagra o *caput* do art. 51; todavia, convém pontuar que nula é a cláusula e não o contrato, como tipifica o §2º do mesmo dispositivo: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”. A leitura superficial deste parágrafo é suficiente para demonstrar a intenção de se resguardar o contrato, consagrando o Princípio da Conservação dos Contratos e priorizando a estabilidade das relações jurídicas. Nessa linha de raciocínio, a cláusula abusiva, a priori, não invalida o contrato. Reconhecida a sua nulidade, impõe-se, inicialmente, a exclusão, apenas, da cláusula, permanecendo vivo o contrato.

A regra, desta forma, é a manutenção contratual. E não poderia ser diferente. Ao contratar, pretende o consumidor satisfazer suas vontades e até mesmo suas necessidades, inclusive básicas, de subsistência. Daí, ferir de morte um contrato em decorrência de uma cláusula considerada abusiva seria punir duplamente o consumidor. Primeiro, porque a abusividade atinge o equilíbrio contratual, prejudicando o consumidor, considerado vulnerável no mercado de consumo. Segundo, em virtude de não terem sido solucionadas as pretensões do consumidor, os seus desejos e necessidades.

É assim que, se o reconhecimento de abusividade de uma cláusula contratual e a consequente declaração de sua nulidade acarretar ônus excessivo a qualquer das partes, o contrato, excepcionalmente, não será conservado. Eis a exceção ao princípio da Conservação dos Contratos.

Vê-se, desta forma, que

o legislador optou pela adoção do princípio da conservação dos contratos ao determinar que somente a cláusula abusiva é nula, permanecendo válidas as demais cláusulas contratuais. A nulidade parcial é a solução que melhor atende aos interesses do consumidor, pois do contrário estaria ele privado dos produtos e serviços de que necessita para a sua sobrevivência. (AMARAL JUNIOR, 1991, p.198).

4 Do Controle das Cláusulas Abusivas: Da Fundamentação do Controle Antecedente pelo Ministério Público

Apreendidos os elementos e circunstâncias principais que envolvem as cláusulas abusivas, poder-se-ia perguntar como exercer o controle sobre elas. E, aqui, para além da possibilidade deste controle ser exercido de forma consequente, este controle pode também ser exercido de forma antecedente e preventiva.

O Controle Consequente das cláusulas abusivas é aquele quando o contrato provido de abusividade já está exposto no mercado de consumo. Já existe, portanto, operatividade do mencionado contrato, ou seja, já estão vigentes as suas cláusulas, inclusive as abusivas, e, assim, as partes contratantes já estão submetidas a uma regra *inter partes*.

Dessa forma, é importante a atuação do Estado, com o objetivo de promover o controle consequente dos contratos diante de cláusulas abusivas, e, nesta atuação estatal consequente, o controle da abusividade nos contratos de consumo pode ser exercido pelo Ministério Público, através de um Controle Administrativo, com a formalização do instrumento denominado Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Outrossim, este Controle Consequente do contrato também pode ser realizado pelo Ministério Público, tendo como fundamento a disposição contida no § 4º, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, quando maneja ação civil pública tendo como objeto declaração e nulidade de cláusulas contratuais abusivas. E aqui é o que se verifica o Controle Judicial Abstrato, através da atuação do Poder Judiciário, intervindo na esfera de ação judicial específica, cuja causa de pedir imediata seja a nulidade de cláusula contratual.

No mais, o Poder Judiciário atua, ainda, através do Controle Judicial Concreto, mediante julgamento de ações judiciais, onde a cláusula abusiva serve de supedâneo para pretensões outras esboçadas pelo consumidor, as quais não foram satisfeitas voluntariamente pelo fornecedor.

Não obstante a existência destas formas de Controle Consequente das cláusulas abusivas, todas de extrema importância para a proteção do consumidor, não se pode deixar de mencionar a necessidade de se firmar um Controle Antecedente da abusividade dos pactos nas relações de consumo, compreendendo-o na fase de formação do contrato. Ou seja, antes do marco inicial de vigência, o contrato de consumo deve ser submetido ao crivo estatal, a fim de ser verificada a conformidade da sua essência com as normas consumeristas de base constitucional.

E esta atuação de Controle Antecedente do contrato de consumo é atribuição que deve ser exercida pelo Ministério Público, como requisito formal dos pactos nas relações de consumo, como se demonstrará a seguir.

Não obstante os vetos às regras estabelecidas pelos arts. 51, § 3^o e 54, §5^o, todos do CDC, fundados na inconstitucionalidade, não se configurou qualquer abalo à atribuição de Controle Antecedente dos contratos de consumo pelo Ministério Público, posto que o art. 51, §4^o reforçou a essência de atuação do *Parquet*, para fins de promover a proteção e a defesa do consumidor, como consagrado nos arts. 127 e 129 da Lei Maior, de que não se deve analisar a partir de uma interpretação literal do dispositivo legal vetado, à época, mas, sim, da análise conjunta das normas constitucionais e consumeristas. É o que se depreende da transcrição abaixo:

Apesar de não haver, evidentemente, inconstitucionalidade nas referidas normas, visto que o desempenho da função estaria conforme à missão institucional de defesa dos interesses sociais, razões de ordem prática levam à **conclusão de que o veto não reduziu, antes aprimorou, o controle da abusividade contratual**. De fato, seria inviável o efetivo controle administrativo, não só pela notória falta de recursos materiais à época para desempenho da tarefa, como pelas controvérsias que a necessidade de aprovação prévia certamente ensejaria. A possibilidade de questionamento em juízo da decisão do órgão ministerial, a falta de uma divisão de atribuições a nível nacional (que até hoje persiste!), sem falar nas possíveis aprovações equivocadas, que dificultariam o controle judicial, são razões de sobra para aplaudir o veto, ainda que mal fundamentado. (grifos atuais) (CARPENA, 2014, pp. 11-28)

Urge salientar que o ambiente de atuação do Ministério Público está consagrado pela Carta Política, no seu art.129, o qual apresenta as funções institucionais do mesmo, dentre as quais aquela de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. A fim de corroborar com o posicionamento ora adotado, insta trazer à baila a seguinte notícia:

O Ministério Público, por meio da Promotoria de Justiça do Consumidor de São Bernardo do Campo, obteve na última sexta-feira (17) decisão da Justiça que antecipa os efeitos da tutela e obriga um grupo de construtoras, capitaneado pela empresa M. Bigucci Comércio e Empreendimentos Imobiliários, com sede em São Bernardo do Campo, no ABC, a se **abster** de aplicar nos contratos já firmados e de inserir nos **contratos futuros cláusulas abusivas e nulas**, contrariando as normas de proteção e defesa do consumidor. O MP pediu à Justiça a antecipação dos efeitos da tutela para preservar os direitos dos consumidores, de modo que as empresas processadas deixem de aplicar essas cláusulas nos contratos em vigor e se abstenham de inseri-las nos contratos referentes a seus futuros empreendimentos.

⁵ Art. 51, § 3^o, do CDC: “O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.”

⁶ Art. 54, §5^o: “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”

A Juíza de Direito da 7ª Vara Cível de São Bernardo do Campo deferiu a antecipação da tutela na última sexta-feira (17) para **suspender a aplicação e ou inserção dessas cláusulas nos contratos de adesão utilizados pelas requeridas**, fixando multa de R\$ 50 mil em caso de descumprimento.
(grifos atuais) (MPSP 2013)

A fim de corroborar a atribuição do Parquet em atuação preventiva, na perspectiva do Controle Antecedente dos Contratos de Consumo, na linha do que disciplinam os arts. 82, I, e 92, do CDC, há que mencionar também que o inquérito civil, por sua vez, tem as suas regras estabelecidas pela Lei Federal nº 7.347/85, a qual se aplica ao Sistema do Código de Defesa do Consumidor, a teor do que dispõe o seu art. 90: “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

E, neste Controle Antecedente das cláusulas abusivas, o Ministério Público tem nobre missão para, através de uma atuação preventiva, não permitir o início de vigência dos contratos de consumo providos de abusividade.

Desta forma, todo contrato de consumo, em formação, antes do início de sua vigência, deve passar pela apreciação do Ministério Público, para que seja submetida à apreciação de suas cláusulas, a fim de extirpar qualquer tipo de abusividade dos pactos, de forma antecedente e preventiva.

5 DA CONCLUSÃO: Eliminando-se a abusividade de cláusulas contratuais através do Controle Antecedente do Ministério Público na formação do contrato

A evolução das relações de consumo direcionou o surgimento de nova concepção contratual. As oportunidades de análises e discussões prévias ao contrato foram suprimidas, originando pactos desprovidos de tratativas preliminares. Ávidos pelos lucros, os fornecedores passaram a enxergar a supressão dos momentos prévios aos contratos como uma oportunidade de ganhos extraordinários. Restringida a possibilidade de análise das cláusulas contratuais, o consumidor passou a conviver com a derrogação da sua liberdade de contratar, conforme exposto no item 2 deste estudo, tornando-se sujeito vulnerável no mercado de consumo. Fez-se necessária a presença do Estado, a fim de restabelecer o equilíbrio contratual, uma vez que surgiu a cláusula abusiva quando da elaboração

unilateral do conteúdo do contrato pelo fornecedor, pois a existência da aludida cláusula afeta a própria essência do contrato: a paridade, como demonstrado no item 3 desse artigo.

Apresentou-se uma nova fase, em que o liberalismo deu lugar a um Estado intervencionista, amparado pela denominada teoria da imprevisão. O controle estatal passou a sepultar a autonomia privada, quando esta ameaçar afetar a equidade e a boa-fé. Nessa toada, surge a Constituição Federal, acompanhada pela legislação consumerista, ratificando a moderna posição estatal e impondo que as atribuições cometidas ao Ministério Público (art. 129, Lei Maior) traduzam a amplitude da atuação estatal no âmbito do direito privado, tudo em prol do cumprimento da função social do contrato, bem como promovendo a defesa do consumidor, o qual foi consagrado como direito fundamental, no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Nesta ordem, o Estado, através de toda a sua estrutura formatada pela Carta Constitucional, deve ter resguardado a sua atuação de ofício. E isto decorre das normas do consumidor terem sido alçadas a caráter público e de interesse social (art. 1º CDC), encartadas como, reitere-se, um direito fundamental, o que respalda, assim, a formalidade e solenidade indispensáveis ao início de vigência dos pactos, da atuação preventiva do Ministério Público, para fins de suprimir a abusividade nos contratos de consumo, consubstanciando o Controle Antecedente do *Parquet* como demonstrado no item 4 desse artigo.

É assim que o Ministério Público apresenta-se como um dos importantes protagonistas desta atuação estatal preventiva, objetivando e direcionando o controle da própria essência dos contratos a promover a exclusão das cláusulas abusivas dos pactos, em caráter antecedente, sendo, assim, propulsor, na espécie, de uma verdadeira e absoluta proteção do consumidor no mercado de consumo, como dispõe o mandamento constitucional.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991

BRASIL, TJPE, Agr. Inst. 44.149-0, da 4ª Câmara, rel. Des. Jones Figueiredo, j. 08.06.00.

BRASIL, TJPE, Agr. Inst. 35.962-4, da 4ª Câmara, rel. Des. Napoleão Tavares, pub. DJE 09.05.98

BRASIL. TARS. Ap. 193.051.216, da 7ª Câm. Civ., rel. Juiz Antônio Janyr Dall’Agnol Junior, v.u., j. 19-5-1993

BRASIL. TJPE. Agr. Inst. 49.610-4, da 4ª Câm. Civ., rel. Des. Jones Figueiredo, pub. DJE 03.08.2002

CARPENA, Heloisa. *Ministério Público: Prevenção e Repressão das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/ministerio-publico-prevencao-repressao-546793186>. Acesso em 21.11.2023

LIMA, Cláudia Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo.: Ed. RT, 3ª edição, 2016

MP obtém decisão que proíbe construtoras de inserir cláusulas abusivas nos contratos. MPSP 21.05.2013. Disponível em: <https://mpsp.mp.br/w/mp-obt%C3%A9m-decis%C3%A3o-que-pro%C3%ADbe-construtoras-de-inserir-cl%C3%A1usulas-abusivas-nos-contratos>. Acesso em 21.11.2023

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Comentado pelos Autores do Anteprojeto)*. Ed. Forense Universitária. 7ª Edição. 2001

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. *A Teoria da Imprevisão no Direito Positivo Brasileiro*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Ano IV, vol. IV, maio/agosto, 1972.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Direito Material*. Ed. Saraiva. 2000

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. Editora Saraiva. 2005