XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ana Thereza Meireles Araújo; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-514-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaniedade. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – SÃO LUIS – MARANHÃO foi promovido em parceria com a Universidade Federal do Maranhão e a UNICEUMA. Sua temática central teve como objeto “Direito, Democracia e Instituições de Justiça”. Esse assunto suscitou intensos debates desde a abertura do evento no Convento das Mercês e inúmeros desdobramentos ao longo da apresentação dos trabalhos previamente selecionados e da realização das plenárias. Em especial, as questões relativas à função social do contrato, dos direitos de personalidade e os reflexos do novo CPC no direito material mereceram um olhar reflexivo crítico-analítico dos participantes do Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo II”.

Sob a coordenação das Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann (UNESA/UNIRIO), e Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo (UNEB/ UCSal/ Faculdade Baiana de Direito), o GT “Direito Civil Contemporâneo II” realizou seu contributo, com exposições orais e bons debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis um breve resumo dos trabalhos apresentados:

Tiago Martinez e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentaram o artigo intitulado "A trivialização do dano: banalizado por quem? a desmistificação da indústria do dano moral pela análise da cultura jurídica brasileira e norte-americana". Os autores refletem a respeito da cultura jurídica brasileira e norte-americana sobre a fixação do valor de reparação dos danos morais, a influência cultural na determinação dos modelos de fixação do quantum, bem como da relação dos julgados vinculados ao tema com a banalização do instituto, e apontam a inexistência de uma indústria do dano moral, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, a partir das diferenças dos modelos jurídicos apresentados.

"O acesso à informação genética e a conformação dos novos direitos da personalidade: o alcance da proteção à identidade genética sob a perspectiva do direito civil contemporâneo" é o título do trabalho de Ana Thereza Meireles Araújo, no qual a autora analisa a conformação do direito à identidade genética como uma espécie dentre os novos direitos da personalidade considerando o direito civil contemporâneo, objetivando o alcance da proteção à identidade genética a partir das diferentes situações que podem envolver a proteção ao bem jurídico em

destaque, a fim de identificar por meio de dedução a melhor interpretação no que tange à construção da proteção do direito.

O artigo de Wellington Henrique Rocha de Lima e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira intitulado "Funções do contrato e Ordem Pública" teve como proposta analisar as funções do contrato referentes à criação, regulação e extinção de direitos, considerando a relevância da funcionalização com vistas ao equilíbrio dos pactos e a contribuição daí decorrente em relação ao contexto econômico e social.

Rainner Jeronimo Roweder e Hudson Franklin Felipetto Malta apresentaram o trabalho "O contrato de compra e venda: semelhanças e diferenças entre o sistema legislativo brasileiro e português de transferência imobiliária", em que analisaram a compra e venda de bens imóveis, numa perspectiva de doutrina e legislação comparada, entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

"Direito à filiação e multiparentalidade : uma abordagem à luz da lei de registros públicos", da autoria de Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha, abordou a a ocorrência da multiparentalidade no Registro Civil brasileiro, a partir da compreensão sistemática e atualizada do ordenamento jurídico pátrio, especificamente quanto à família, aos demarcadores do parentesco e aos direitos da filiação.

Felipe de Poli de Siqueira e Francieli Micheletto, autores do trabalho "O poder de inadimplemento contratual e suas implicações jurídicas" propuseram avaliar a possibilidade do contratante requerer a quebra ou inadimplemento contratual e as implicações jurídicas e mecanismos de resolução do referido desligamento.

O artigo de Ivy Helene Lima Pagliusi e Yuri Amorim da Cunha intitulado "A des (necessidade) de oitiva do genitor biológico no acréscimo do sobrenome do padrasto ao nome do filho" enfocou uma nova leitura constitucional dos direitos de personalidade, em especial face ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial quanto ao aferir na Lei de Registros Públicos o procedimento correto para o acréscimo do sobrenome de padrasto (madrasta) no do enteado(a) com base em uma interpretação conforme.

O artigo de Cleber Sanfecili Otero e Tamara Simão Arduini intitulado "Os danos decorrentes da relação triangular estabelecida entre paciente, médico e hospital e as respectivas modalidades de responsabilidade definidas em lei" partiu do fato de que, nas relações hospitalares, o paciente é vulnerável por ser consumidor dos serviços e, perante o médico, é igualmente vulnerável, pois confia sua vida e integridade aos cuidados do profissional.

Assim, o trabalho buscou partir da aferição das características da relação triangular estabelecida entre paciente, médico e hospital para definir quem poderá ser responsabilizado pelos danos causados.

Sob o título "A ata notarial como instrumento precípuo na condução da usucapião extrajudicial", Tatiane Albuquerque de Oliveira Ferreira e Dênio Guilherme Dos Reis fizeram uso do modelo argumentativo, para responder a seguinte indagação: a ata notarial cumpre sua função no procedimento de usucapião extrajudicial? Analisaram os efeitos da ata notarial no procedimento de usucapião fora do âmbito judiciário e concluíram necessidade da eficiência da ata notarial, demonstrando que o tabelião, revestido de fé pública, é capaz de certificar veracidade dos documentos comprobatórios de posse do imóvel a ser usucapido.

Camila Caixeta Cardoso apresentou o ensaio sob o título "A aquisição originária da propriedade por meio da usucapião extrajudicial", cujo objetivo revelou-se a análise da nova forma de processamento da usucapião pela via extrajudicial, ou seja, por meio de um procedimento que ocorre internamente no ofício de registro de imóveis.

"Um ensaio sobre direito à privacidade e intimidade. você ainda os tem?" Eis um título de indagação. Pois essa indagação foi tema da pesquisa materializada em ensaio da autoria de Milena de Bonis Faria. Que considera que os operadores do direito necessitam de um desdobramento “just in time”, para atender os anseios de uma sociedade que se transforma constantemente.

Pastora do Socorro Teixeira Leal e Alexandre Pereira Bonna apresentaram o artigo sob o título "Controle administrativo e preventivo de cláusulas abusivas em contratos de adesão pelo Ministério Público", no qual buscam averiguar se o veto presidencial do art. 54, parágrafo 3º e 5º da lei n. 8.078/90, que no uso da ideia da intenção do legislador configura a impossibilidade de atuação preventiva e administrativa do Ministério Público das cláusulas dos contratos de adesão.

"Dano hedônico: uma compensação civil diante da perda da felicidade em viver" revelou-se um título interessante para o artigo apresentado por Maria Fernanda Miranda Lyra e Marianna dos Santos Coelho Alves que abordaram ideia da dignidade como pressuposto para a felicidade, no direito norte-americano, transportada para a reparação civil. Ali recebe a denominação do dano hedônico e se apresenta como forma de compensação diante de lesão grave ou morte que leve à perda do gozo pela vida, da felicidade em viver.

Por fim, Carlos Alexandre Moraes e Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi encerraram as apresentações com o trabalho intitulado "A aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito brasileiro", sobre a aplicabilidade da Teoria do Diálogo das Fontes no direito pátrio, como método capaz de conciliar a aplicação de diferentes normas.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO/UNESA

Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo - UNEB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTROLE ADMINISTRATIVO E PREVENTIVO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS DE ADESÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

ADMINISTRATIVE AND PREVENTIVE CONTROL OF ABUSIVE CLAUSES IN MASS CONTRACTS

Pastora Do Socorro Teixeira Leal
Alexandre Pereira Bonna

Resumo

Este trabalho busca averiguar se o veto presidencial do art. 54, parágrafo 3º e 5º da lei n. 8.078/90, que no uso da ideia da intenção do legislador configura a impossibilidade de atuação preventiva e administrativa do Ministério Público das cláusulas dos contratos de adesão, buscando uma opção hermenêutica coerente com a perspectiva principiológica sobre o referido tema.

Palavras-chave: Defesa do consumidor, Intenção do legislador, Controle prévio de cláusulas abusivas

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks to verify if the presidential veto of art. 54, paragraph 3 and 5 of the Law n. 8,078 / 90, that in the use of the idea of the intention of the legislator configures the impossibility of Preventive and administrative action of the Public Ministry of clauses of the contracts of adhesion, Seeking a hermeneutical option consistent with the principiological perspective on the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer defense, Intention of the legislator, Previous control of unfair terms

INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa está inserido no campo do direito do consumidor, porque tem em seu cerne o controle – pelo Ministério Púbico - de cláusulas abusivas presentes em contratos de adesão e de consumo. Deste modo, a teor do que dispõem os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, de agora em diante CDC)[1], o bojo do presente artigo possui uma relação jurídica específica, a relação jurídica de consumo, formada pelo fornecedor de produtos ou serviços e pelo destinatário final destes.

A expressão "destinatário final de produto ou serviço" pode ser interpretada de forma mais restritiva, pela teoria finalista - que assevera que o consumidor é aquele que retira o bem ou serviço do mercado de consumo (destinatário fático) e não emprega outra destinação econômica, como revenda e utilização como insumo de atividade empresarial (destinatário econômico) – ou mais ampliada, pela teoria maximalista – que exige apenas a destinação fática. Somada a essas, adveio terceira teoria, chamada de finalismo aprofundado, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual para se encaixar no conceito de consumidor, basta comprovar a vulnerabilidade do contratante (Recurso Especial n. 1.195.642/RJ[2]), possibilitando até mesmo que uma pessoa jurídica empresária possa ser equiparada a consumidor pela constatação de alguma vulnerabilidade.

O finalismo aprofundado apresenta como fundamento o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, esculpido no artigo 4º, inciso I, do CDC, demonstrando que a principal dimensão de uma relação de consumo é a vulnerabilidade frente a um fornecedor, ou seja, a constatação de que um dos contratantes não possui conhecimento sobre o produto ou serviço (vulnerabilidade técnica), não possui dados da cadeia de produção do bem ou serviço (vulnerabilidade informacional), não tem conhecimento jurídico, contábil ou econômico suficiente para um equilíbrio na relação jurídica (vulnerabilidade jurídica), não tem paridade econômica, física ou psicológica (vulnerabilidade fática) ou não tem acesso a dados essenciais do produto ou serviço, os quais possam influenciar a decisão de adquiri-lo ou não (vulnerabilidade informacional), tudo sem prejuízo do reconhecimento de outras formas de vulnerabilidade.[3]

[1] Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[2] A íntegra do acórdão do STJ encontra-se disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=25733695&tipo=5&nreg=201000943916&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20121121&formato=PDF&salvar=false

[3] Recurso Especial n. 1.195.642, p. 6 da versão em PDF do voto da Ministra Nancy Andrighi.

Ressalta-se a proteção do “consumidor por equiparação”, diante do qual não se constata necessariamente a aquisição de produto ou serviço, mas que o CDC permite a equiparação a consumidor para todos os fins de tutela de direitos. É o caso das vítimas de acidente de consumo (artigo 17 do CDC) e da coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis (artigo 2º, parágrafo único, do CDC), ganhando relevo, nesta última hipótese, a atuação do Ministério Público, instituição relacionada com o cerne do projeto de pesquisa e um dos legitimados para a defesa coletiva de direitos do consumidor, sejam eles individuais homogêneos, coletivos ou difusos (artigos 81 e 82 do CDC).

Vale frisar que a tutela coletiva não importa necessariamente na judicialização por via da ação coletiva, podendo a defesa coletiva ocorrer no âmbito administrativo, como será objeto do presente projeto, embora apenas no âmbito judicial torna-se possível falar legitimação extraordinária, a partir da substituição processual da classe, grupo, categoria ou indivíduos por pessoa que não é titular do bem tutelado na ação judicial (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 25).

A legitimidade *ad causam* ou capacidade para conduzir o processo é o poder conferido por lei para que o sujeito possa deduzir o direito material em juízo (DIDIER, 2005, p. 228). A legitimação para agir se subdivide em legitimação ordinária e extraordinária dependendo da relação do legitimado com o objeto da ação. Assim, a legitimação ordinária se manifesta quando o sujeito legitimado para deduzir o direito em juízo é apenas o titular do mesmo, ou seja, “quando houver correspondência entre a situação legitimamente e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado” (*Id. Ibid.*, p. 232). De outro lado, a legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) surge para conferir o poder de deduzir em juízo direito de outrem para pessoa estranha à relação material do objeto do litígio, não havendo “correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado” (*Id. Ibid.*, p. 232).

Na tutela coletiva ocorre o fenômeno da legitimação extraordinária porque uma pessoa que não detém totalmente a titularidade do direito material da causa defende a integralidade desse direito. Em outras palavras, seja para a defesa de direitos coletivos *stricto sensu* ou difusos, seja para a tutela de direitos individuais, no Brasil se percebe claramente que quem tem poder para provocar o Judiciário é pessoa totalmente diversa daquela que é titular do direito material (artigo 5º da LACP e 82 do CDC).

Um importante escopo da tutela coletiva é a possibilidade de proteção de violações de direitos que isoladamente considerados são pífios, mas que coletivamente expressam condutas graves e extremamente danosas. Assim é que direitos de pouca relevância econômica - mas de

grande envergadura quanto à sua reprovabilidade - podem obter a proteção seja judicial ou extrajudicialmente. Essa forma de tutela coletiva, que viabiliza a proteção de danos de pequena monta, torna-se especialmente relevante para pessoas que integram grupos de hipossuficientes e/ou vulneráveis, tais como idosos, crianças e consumidores. (ARENHART, 2013, p. 83/84).

Ao tratar das ações coletivas no Brasil, cabe sublinhar a interação existente entre o CDC e a LACP. A LACP estabeleceu as ações de responsabilidade para buscar reparação ou prevenção dos direitos coletivos *stricto sensu* e difusos relacionados ao meio ambiente, grupos raciais, étnicos e religiosos, consumidor, etecetera, porém não previu nenhum mecanismo coletivo para a defesa de direitos individuais homogêneos pela ação coletiva, motivo pelo qual antes da CF/1988 e do CDC, "los miembros de un grupo podían recuperar sus daños individuales solamente interponiendo su propia demanda individual" (GIDI, *Op. Cit*., p. 21).

O CDC buscou definir o que são direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único), atribuiu legitimidade extraordinária a alguns entes para a defesa de direitos de outrem (artigos 82), definiu pormenorizadamente procedimento atinente à defesa dos direitos individuais homogêneos pelos substitutos processuais, com regras que vão desde a competência para processamento e julgamento da causa até a liquidação e execução de sentença (artigos 91/100), bem como estabeleceu os efeitos da coisa julgada aos consumidores que compõe o grupo de lesados, individualmente considerados (artigos 103/104).

O anteprojeto do CDC foi elaborado por juristas atentos às problemáticas efervescentes relativas à efetividade dos direitos do consumidor em juízo e o correlato acesso à justiça, a partir da influência de trabalhos acadêmicos de juristas italianos publicados na década setenta, como "I limiti *soggettivi* del giudicato e le class actions", de Michele Taruffo e "Formazioni social e interessi di grupo davanti ala giustizia civile", de Mauro Cappelleti (GIDI, *Op. Cit*., p. 18).

O CDC revelou-se, desse modo, como um agente unificador em matéria de ações coletivas, indo além do que expressamente dispôs em seu artigo 90 - segundo o qual as normas previstas no CPC e na LACP se aplicam, no que couberem, às ações coletivas em defesa do consumidor – para se tornar, juntamente com a LACP, Lei sobre Ação Popular (Lei n. 4.717/65), Lei sobre Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei n. 12.016/2009) um verdadeiro Código de Procedimentos Coletivos (GIDI, *Op. Cit*., p. 23), pois se complementam umas com as outras.

Portanto, no caso dos direitos individuais homogêneos oportuniza-se a tutela coletiva de direitos pertencentes a uma massa de sujeitos, em razão da identidade ou semelhança dos direitos individuais de titularidade de diferentes pessoas. De outro lado, em se tratando de direitos coletivos ou difusos os direitos serão, respectivamente, indivisíveis e indetermináveis,

direitos estes que possuem previsão de tutela também pela Lei n. 7.347/1985 (de agora em diante LACP), que regula a Ação Civil Pública e o Inquérito Civil, além de atribuir legitimidade extraordinária para o Ministério Público e outros entes (artigo 5º da LACP), no sentido de pleitear a tutela desses direitos em nome próprio.

Ao estabelecer que a defesa do consumidor possa ser efetivada pela via coletiva, não há, em um primeiro momento, limitação a essa defesa no âmbito judicial ou mesmo após a exigência de que a tutela ocorra apenas após a violação de direitos. Muito pelo contrário, percebe-se que o CDC se constitui como norma de interesse público e social - sendo decorrência lógica de um sistema altamente protetivo a defesa no âmbito administrativo – e estabelece como direito básico do consumidor "a efetiva prevenção e reparação de danos", trazendo a importância de medidas que impeçam a ocorrência dos referidos danos, estando o controle de cláusulas abusivas inseridos nesse desiderato, posto que a permanência de uma cláusula abusiva em contratos de adesão e de consumo pode provocar prejuízos irreversíveis à direitos fundamentais do consumidor, como a violação à sua saúde a partir de uma cláusula que estabeleça limite ao tempo de internação em contrato de plano de saúde, além do fato de que a cláusula abusiva, por si só pode representar violação ao direito fundamental à liberdade e igualdade do consumidor, como se verá alhures.

Assim, um controle prévio e administrativo de cláusulas abusivas em contratos de adesão e de consumo pode se tornar um instrumento de proteção, dentre outros direitos, dos direitos fundamentais, sendo imprescindível a investigação sobre a possibilidade de esse controle ser efetivado pelo Ministério Público, o que será abordado no problema de pesquisa.

No presente artigo se buscará enfrentar o cabimento ou não da competência/atribuição do Ministério Público para o controle administrativo e prévio de cláusulas abusivas sob o enfoque dos princípios jurídicos relacionados ao tema.

1 A TUTELA CONTRATUAL DO CONSUMIDOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

A defesa do consumidor é prevista no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988 (de agora em diante CF/88), segundo o qual "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor." Assim, como destaca Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 605), "em seu catálogo de direitos fundamentais, a constituição brasileira faz menção à lei ordinária em diversos momentos, de diversas formas e em diversos contextos."

Destarte, os direitos do consumidor, no que for compatível com os direitos fundamentais, devem ser concebidos como tal, ou seja, todos os direitos do consumidor que forem essenciais

à existência, sobrevivência ou realização do ser humano devem ser vistos com o qualificativo de fundamentais, com aplicabilidade imediata (artigo 5º, parágrafo 1º, da CF/88) e lugar de destaque no ordenamento jurídico, nas relações com o Estado e nas relações privadas, tendo em vista que "los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público" (UBILLOS, 1997, p. 243).

Tendo por base esta vulnerabilidade, que coloca o consumidor em situação de extrema desvantagem em face do fornecedor de produtos ou serviços, surge um amplo espectro de proteção, com vistas a coibir práticas ultrajantes violadoras de direitos e/ou equilibrar a relação jurídica de consumo. Neste hiato, surge: a proteção do consumidor diante da publicidade enganosa e abusiva; o estabelecimento de princípios que regem uma Política Nacional de Relações de Consumo; a previsão de um rol de direitos básicos (mínimos) do consumidor; a criação de mecanismos de defesa coletiva; a previsão de tipos penais; a proteção do consumidor na área contratual; a tutela do consumidor quanto à responsabilidade civil por vício ou defeito do produto ou do serviço a partir da regra da responsabilidade solidária e objetiva (fundada na teoria do risco-proveito).

Porém, de todas as dimensões de proteção do consumidor, frisa-se que o presente artigo possui como foco a tutela no campo contratual, da qual decorrem diversos direitos, como o de não se vincular a cláusulas em relação as quais não tenha tido prévio conhecimento do conteúdo[4], a exigência de que na dúvida as cláusulas contratuais sejam interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor[5], o direito de exigir a vinculação e respectivo cumprimento de quaisquer documentos emanados do fornecedor, tais como recibos e e-mails[6], que passam a integrar o contrato, assim como o direito de desistir – sem qualquer motivação - de compra feita fora do estabelecimento comercial.

Neste desiderato, cabe destacar que a proteção contratual do consumidor é uma preocupação concernente aos direitos fundamentais, uma vez o controle de cláusulas abusivas e outros mecanismos de tutela contratual do consumidor visam a estabelecer um mínimo de posição igualitária e de liberdade de contratação ao consumidor quanto à escolha do produto ou serviço e conteúdo das cláusulas contratuais, trazendo à tona o respeito aos direitos

[4] Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.
[5] Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.
[6] Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

fundamentais à igualdade e liberdade, os quais devem ser dotados de máxima eficácia dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas uma vez que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata e direta nas relações privadas, inclusive no âmbito contratual, de modo que a autonomia privada não tem o condão de ignorar os limites previstos constitucionalmente em matéria de direitos fundamentais.

No bojo da proteção contratual do consumidor, destaca-se a tutela diante de cláusulas abusivas, prevista no artigo 51, que estabelece um rol meramente exemplificativo de cláusulas ilegais, nulas de pleno direito, as quais em essência deixam, em maior ou menor grau, o consumidor em posição de excessiva desvantagem, além da possibilidade de violação de diversos princípios (alguns deles com natureza de direito fundamental), tais como a boa-fé objetiva, função social do contrato, dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, conforme serão vistos singelamente no bojo do projeto.

Pode-se afirmar que o rol de proteção do artigo 51 se constitui como cláusula geral, o que torna o reconhecimento de uma cláusula abusiva uma tarefa árdua hermenêutica diante de norma jurídica com acentuada carga de abstração e generalidade, visto não ter sido possível ao legislador estabelecer exaustivamente todas as prováveis hipóteses de cláusulas abusivas, posto as infinitas as possibilidades fáticas.

Nesse espectro, a cláusula geral é uma técnica legislativa que busca combater o engessamento da norma jurídica a partir de um caráter descritivo da norma, já que "os legisladores humanos não podem ter conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer." (HART, 1994, p. 141) Ou seja, "*son reglas, com sentido amplio*." (CARRIÓ, 1994, p. 225).

As cláusulas gerais são regras com uma textura aberta, podendo-se afirmar que as cláusulas gerais são regras "*standards variables*", em contraposição às regras específicas. Ou seja, "*son reglas, com sentido amplio*." (CARRIÓ, *Op. Cit*., p. 225). Fortalecendo a necessidade de utilização das cláusulas gerais como técnica legislativa, HART acentua que "os legisladores humanos não podem ter conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer." (*Op. Cit.*, p. 141)

Justificada, desta forma, a adoção de uma verdadeira cláusula geral (artigo 51 e seus respectivos incisos), a partir da consolidação de diretrizes que conferem uma moldura legal, genérica e abstrata que viabiliza a atualização e a mobilidade constante do sistema jurídico para atender à complexidade e à mutabilidade das relações sociais, possibilitando o reconhecimento de cláusula abusiva não prevista anteriormente. Em assim sendo, a opção por uma cláusula

geral afastado o risco do imobilismo diante da abertura semântica que permite a construção progressiva do seu conteúdo jurídico. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 129-154)

O contrato é o instituto do direito mais importante para a circulação de bens e serviços, e, no âmbito das relações de consumo não é diferente, se tornando um poderoso instrumento para a satisfação do consumidor, mas também para a violação de seus direitos. Como qualquer outra categoria jurídica, o contrato sofre os influxos da realidade social na qual está inserido, e, desta forma, reflete uma sociedade massificada (produtos ou serviços oferecidos a uma coletividade indeterminada de pessoas), tecnológica (contratos com início, duração e término por meio da internet), calcada na relação de dependência de serviços e produtos (contratos que estão relacionados a outros produtos ou serviços conexos, que são imediatamente oferecidos ao consumidor), com manifestação de contratos de longa duração (contratos nos quais o consumidor fica vinculado por longo período de tempo, pela própria natureza da contratação) e de adesão (cláusulas previamente elaboradas por uma das partes sem possibilidade de modificação) (NEVES; TARTUCE, 2015, p. 253).

A necessidade de controle administrativo de cláusulas abusivas é baseada em importante perspectiva constitucional no tocante à liberdade contratual para contratar e escolher o conteúdo contratual, perspectiva esta presente na conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da igualdade e liberdade (artigo 5, caput) e defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII[7]) com os princípios da ordem econômica da livre concorrência e defesa do consumidor (artigo 170, incisos IV e V).

Em suma, o Estado atua como regulador das relações de ordem privada, estabelecendo uma conexão entre as práticas do mercado, a defesa do consumidor, a igualdade dos contratantes, e, especialmente a dignidade da pessoa humana, que apontam para um espaço de liberdade dos contratantes. Nesse sentido, as operações contratuais devem promover a observância de condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária, de modo a se tornar "instrumento para a construção da personalidade do sujeito, (...) especialmente diante da hipercomplexidade da sociedade contemporânea e seu caráter eminentemente consumista" (LEONARDI, *Op. Cit*., p. 8).

Portanto, quando não há a garantia do direito à liberdade contratual, o consumidor sai lesado em razão de não ter respeitada a sua posição razoável de igualdade e liberdade na relação contratual, violação esta que se agrava quando se está diante de mercados com padronização de

[7] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

conteúdo contratual, quando o consumidor literalmente não possui nenhuma outra opção diversa da se sujeitar aos parâmetros contratuais para ter o bem desejado.

O CDC, ao estabelecer a possibilidade de nulidade de cláusulas abusivas, intervém nas relações privadas a partir da imposição da função social do contrato (relativizando a autonomia dos contratantes) e da necessidade de observância de deveres de conduta (considerando nulas de pleno de direito as cláusulas que vão de encontro com esses deveres de conduta que decorrem da boa-fé objetiva).

Com isso, o CDC se torna consentâneo com o horizonte normativo que se abriu a partir da CF/88, que "consagrou os valores da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da solidariedade social (artigo 3º, inciso I) e da isonomia substancial (artigo 3º, inciso III)" (TEPEDINO *et. al.*, 2006, p. 6). A solidariedade dá origem ao princípio da boa-fé objetiva, que, por conseguinte, faz surgir os deveres anexos ao contrato[8], que determinam comportamentos relacionados à transparência, informação, probidade, lealdade, colaboração etecetera.

Feitas as considerações iniciais acerca da proteção contratual do consumidor, em especial a decretação de nulidade de cláusula abusiva, surge a necessidade de discorrer sobre quais as formas de se efetuar o controle de cláusulas abusivas, tendo em vista que apesar da proteção conferida pelo CDC, vê-se a violação diária dos seus preceitos.

O controle de cláusulas abusivas pode ser efetivado no âmbito judicial ou administrativo, antes ou após a inserção do contrato no mercado de consumo, abstrata ou concretamente.

O controle judicial se manifesta a partir da provocação por ação judicial, por qualquer legitimado para a defesa de direitos do consumidor (leia-se o próprio consumidor ou entes que possuam legitimação extraordinária para a tutela coletiva do consumidor, dentre eles o Ministério Público[9]), ressalvando-se que por se tratar de normas de ordem pública, o reconhecimento de cláusulas abusivas pode se efetivar de ofício pelo juiz, ou seja, mesmo que

[8] Diz-se que os deveres de conduta decorrentes do princípio da boa-fé objetiva originam os chamados deveres anexos ao contrato, ou seja, deveres que todos os contratantes devem observar independentemente de terem optado pela sua inclusão no conteúdo das cláusulas contratuais. Nesse sentido surgem, exemplificadamente, diversos deveres: "o dever de cuidado em relação à outra parte negocial; o dever de respeito, o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; o dever de agir conforme a confiança depositada; o dever de lealdade e probidade; o dever de colaboração; o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade, a boa razão. (NEVES; TARTUCE, 2008 p. 211/212);

[9] Cabe um parêntese para frisar que o controle administrativo de cláusulas abusivas pode ser realizado por todos os entes que possuem legitimidade para a defesa coletiva do consumidor, e, consoante o artigo 83 do CDC, "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela". Assim, todos os legitimados do artigo 82 (Ministério Público, órgãos de defesa do consumidor, associações e os entes federativos) podem promover o controle abstrato judicial de cláusulas abusivas em contratos de consumo.

a demanda não tenha por objeto a declaração de nulidade de cláusula contratual, os órgãos jurisdicionais podem reconhecer a referida nulidade sem provocação expressa.

Nada impede que o controle judicial de cláusulas abusivas se realize antes da inserção do contrato no mercado de consumo, em um controle denominado de abstrato, por não possuir nenhum caso específico de um consumidor lesado, afastando a possibilidade de o contrato ser apresentado ao consumidor com a cláusula abusiva. Destarte, mesmo em se tratando de importante mecanismo de controle, o mesmo acaba sempre dependendo de provocação da atividade jurisdicional, trazendo consigo todos os entraves que uma batalha judicial pode gerar, sendo imperioso o aprofundamento de mecanismos administrativos e preventivos, sem a necessidade de ação judicial e antes da ocorrência de qualquer dano, fomentando a efetiva prevenção de danos aos consumidores, que muitas vezes precisam contratar advogado e ajuizar ação para ver declarada uma cláusula abusiva, por exemplo, inserida em contrato de plano de saúde, para lutar pelo reconhecimento de direito de tempo de internação superior ao previsto contratualmente.

Alia-se à importância da desjudicialização do controle de cláusulas abusivas o fato de que a prevenção de danos em massa deve ser efetivada por instrumentos jurídicos adequados para solucionar a ilegalidade em escala macro e não apenas parcial para que o controle possa cumprir o seu papel de neutralização dos contratos em massa com cláusulas abusivas, onde se fortalecem e perpetuam práticas promotoras de danos em larga escala, caracterizadas por enorme desconsideração aos direitos alheios e má-fé, estimulada pela insuficiência do sistema de controle de cláusulas abusivas brasileiro, o qual promove resposta não condizente com a dimensão da ilegalidade, assentado em decisões fragmentadas em processos individuais de pequena parcela dos consumidores, visto que o controle judicial abstrato com abrangência coletiva tem sido pouquíssimo utilizado na experiência brasileira, o que se constata pelas constantes abusividades que são impostas aos consumidores todos os dias.

O direito a uma efetiva prevenção de danos é direito básico do consumidor (artigo 6º, inciso VI), o que denota a necessidade de romper com a iníqua imposição de cláusulas abusivas ao consumidor a partir ampliação de mecanismos administrativos e coletivos de controle das mesmas e impedindo o fornecedor de se beneficiar ou lucrar com a ilegalidade. O controle administrativo e preventivo pode possibilitar a inversão dessa lógica prejudicial ao consumidor, no sentido de ser o fornecedor de produto ou serviço, que, insatisfeito com a declaração de abusividade de uma cláusula contratual no âmbito preventivo e administrativo, ingresse no Judiciário e enfrente batalha para ter o reconhecimento de que suas cláusulas são legais.

Por outro lado, o controle administrativo pode se manifestar, em suma, de duas formas: 1) Inquérito Civil, de competência do Ministério Público, com espeque no artigo 8ª, parágrafo 1º, da LACP e artigo 90 do CDC; 2) mecanismos à disposição da administração pública em determinadas atividades por ela fiscalizadas.

O controle por meio do Inquérito Civil é feito pelo Ministério Público no cumprimento da atribuição preceituada no artigo 129, inciso III, da CF/88, instrumento que tem por escopo angariar documentos, informações, depoimentos, e, que no caso específico da tutela do consumidor no campo contratual, pode versar sobre a análise de abusividade de cláusula.

A partir do veto presidencial no artigo do artigo 54, parágrafo 5º, que permitia o efetivo controle administrativo e preventivo pelo Ministério Público, este não tem (em uma primeira leitura) competência/atribuição para declarar a nulidade da cláusula abusiva, mas tão somente solicitar a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta junto ao fornecedor para que este se comprometa a retirar ou modificar a cláusula ilegal do contrato ou das condições gerais de contratação, instrumento este que estará sujeito a ser executado no âmbito judicial, conforme artigo 5º, parágrafo 6º, da LACP. As razões desse veto e possíveis caminhos de superação do mesmo para o reconhecimento da competência do Ministério Público para a declaração administrativa e preventiva de cláusulas abusivas serão enfrentadas adiante e estão inseridas no bojo da problemática a ser apresentada.

A outra via de controle administrativo se manifesta pelo controle do Poder Público de um modo geral, que, no uso do poder-dever de polícia, pode fiscalizar e regulamentar atividades específicas. Nesse bojo, destaca-se o Decreto n. 2.181/1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e prevê a possibilidade de aplicação de multa a fornecedor de produto ou serviço que utilizar cláusulas abusivas (artigo 22) e, adiante assevera que a Secretaria de Defesa do Consumidor publicará anualmente elenco de cláusulas abusivas a orientar a fiscalização no mercado de consumo (artigo 56). Reforçando o controle administrativo, surge a possibilidade de apreciação administrativa de cláusulas abusivas de ofício ou por provocação (artigo 56, parágrafo 3º). São exemplos de órgãos que podem desempenhar tal tarefa: SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor (PROCONs), dentre outros.

O controle administrativo ainda pode ser denominado de abstrato ou concreto, e, assim como o controle no âmbito judicial, pode promover a retirada ou modificação da cláusula abusiva antes de sua inserção no mercado de consumo. Abstratamente, o Ministério Público, de ofício ou provocado, inicia procedimento investigatório com o fito de avaliar a existência de

abusividade de cláusulas em contratação futura, estando este controle abstrato dentro do âmbito de competência do Ministério Público na defesa do consumidor por se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único, inciso I, do CDC).

O grande percalço enfrentado hoje pelo Ministério Público no exercício do controle abstrato se dá que em razão do veto presidencial retromencionado, ocorre a impossibilidade de o Ministério Público impor a retirada ou modificação da cláusula abusiva, cabendo, no máximo a composição extrajudicial com o fornecedor para o caso deste aceitar assinar um Termo de Ajustamento de Conduta se comprometendo a retirar ou modificar a cláusula ilegal. Caso o Termo de Ajustamento de conduta seja descumprido é que surgirá a possibilidade de ação judicial para executar o compromisso firmado, porém não há de forma cristalina no ordenamento jurídico nenhuma obrigatoriedade de o fornecedor de produto ou serviço se sujeitar ao Ministério Público, podendo inclusive se recusar a assinar qualquer compromisso.

O controle administrativo abstrato também pode ser efetivado pelas entidades e órgãos da Administração Pública anteriormente mencionados como competentes para o controle administrativo. A partir da interpretação dos artigos 105 e 106 do CDC, percebe-se que os referidos órgãos integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e podem realizar quaisquer atividades que sejam compatíveis com a sua finalidade, além de aplicar multas por constatar a existência de cláusulas abusivas em contratos de consumo (artigo 22 do Decreto n. 2.181/97).

Estes órgãos, assim como o Ministério Público, também podem realizar Termo de Ajustamento de Conduta (art. 6º, caput, do Decreto 2.181/97) além de abertura de processo administrativo (artigo 33, do Decreto 2.181/97) tendo por objeto a retirada ou modificação de cláusula abusiva, contudo, tal como se dá em face do Ministério Público, tais mecanismos administrativos de controle não tem tido a força suficiente para impedir a inserção de cláusulas abusivas em contratos de massa, visto sempre a necessidade de judicialização para compelir o fornecedor a cumprir o comando legal.

O controle administrativo, assim como o judicial, pode se efetivar em contratos já consumados e aderidos por consumidores por meio dos mesmos instrumentos (Inquérito Civil, processo administrativo e Termo de Ajustamento de Conduta) pelos mesmos entes legitimados ao controle abstrato, cabendo uma diferenciação, posto que os órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor realizam o controle por processo administrativo (podendo firmar Termo de Ajustamento de Conduta), enquanto que o Ministério Público o faz através do Inquérito Civil, podendo firmar Termo de Ajustamento de Conduta.

2 ANÁLISE DO VETO PRESIDENCIAL E SEUS FUNDAMENTOS

Antes de expor a concepção de direito do presente artigo, refletir-se-á sobre o veto presidencial que a princípio impossibilitou o Ministério Público de realizar o controle administrativo e preventivo de cláusulas abusivas de maneira autônoma e impositiva. Desde a constituição da comissão para a elaboração do Projeto do Código de Defesa do Consumidor pelo Congresso Nacional, em cumprimento ao artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias, até a sanção presidencial com publicação em 12 de setembro de 1990, é provável que a Lei n. 8.078/1990 tenha sofrido a influência de "lobbies" (GRINOVER, 2004, p. 5). Um indicativo dessa constatação foram os vetos presidenciais (42, no total), que por vezes se revelam como afrontas ao sistema de proteção do consumidor, como por exemplo os vetos aos artigos 16, 45, 54, parágrafo 3º 5º, 85.

Destaca-se, no bojo da problemática a ser apresentada, o veto presidencial do art. 54, parágrafo 3º e 5º:

> Art. 54 (...)
> § 3º - O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.
> (...)
> § 5º - 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 argumentação do veto[10] se limitou a defender que caberia à lei complementar e não ordinária regular as atribuições do Ministério Público por disposição do artigo 128, parágrafo 5º, da CF/88[11], além de entender que o controle amplo de atos jurídicos só poder ser realizado

[10] Razões do veto: "Tais dispositivos transgridem o art. 128, § 5º, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições e da organização do Ministério Público. O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário (C.F, art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o Constituinte imprimiu a essa instituição (CF., arts 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, § 4º, do Projeto. Vetado o § 3º do art. 51, impõe-se, também, vetar o § 5º do art. 54." (fonte: http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/13/1990/8078.htm#msg, acesso: 03/10/2015)

[11] Art. 128 (...)
§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros (...).

pelo Judiciário a teor do artigo 5º, inciso XXXV[12], não cabendo o Ministério Público transbordar os limites que o Constituinte estabeleceu nos artigos 127 e 129.[13]

As razões do veto já foram objeto de críticas, em primeiro lugar, que a determinação de lei complementar para atribuições do Ministério Público teria como escopo a consolidação de uma norma sistemática e genérica sobre poderes e deveres, mas que em nenhum momento tal dispositivo constitucional apontaria para a impossibilidade de por lei ordinária prever atribuições do Ministério Público, mesmo porque se assim fosse, não haveria recepção do Código de Processo Penal, Código Penal, nem tampouco poderia o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) estabelecer atribuições ao Ministério Público, que ficaria inerte, à espera de Lei Complementar (TOPAN, 1992, p. 29)

Com atenção à defesa de que somente o Poder Judiciário poderia realizar o controle efetivo de cláusulas abusivas, sublinha-se que em nenhum momento o controle efetivado pelo Ministério Público teria o papel de avaliar eventuais danos sofridos pelos consumidores, pelo contrário, a atividade se restringiria a uma decisão administrativa que preveniria danos e tutelaria de forma *erga omnes* os consumidores, cabendo em qualquer situação o direito de o fornecedor de produtos ou serviços submeter a decisão administrativa ao crivo do Poder Judiciário (TOPAN, Op. Cit., p. 29/30).

Além do mais, frisa-se que ao Ministério Público o constituinte reservou a função de proteger o consumidor (artigo 129, III) e interpretação contrária a uma tutela efetiva e maximalizada por meio de um único veto pode se tornar temerária em face da força da constituição.

[12] Art. 5º (...)
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito
[13] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - 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;
IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Contudo, apesar de as razões do veto serem duramente criticadas, fato é que a referida atribuição/competência do Ministério Público foi retirada do Código de Defesa do Consumidor, surgindo a possibilidade de se defender o cabimento do controle administrativo e prévio de cláusulas abusivas pelo Ministério Público com enfoque em uma concepção do direito que não torne a intenção do legislador ou de qualquer participante da atividade legislativa fator determinante para a interpretação do direito.

3 ANÁLISE PRINCIOLÓGICA DO CONTROLE ADMINISTRATIVO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

A ideia da intenção do legislador, no qual se baseia a argumentação de o veto presidencial demonstrar a princípio a impossibilidade do Ministério Público de realizar o controle administrativo e preventivo de cláusulas abusivas de maneira autônoma e impositiva, à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que se direcionam ao tema, não prospera, em razão de o veto presidencial não se configurar como o único fator determinante.

É salutar esclarecer que a intenção do legislador se configura como uma "mensagem" de suas intenções, e assim o veto presidencial é parte do todo, chamado de processo legislativo.

Por exemplo, a teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin expõe a fragilidade da interpretação segundo a intenção do legislador, devido as múltiplas formas de se alocar essa "vontade" do legislador ou do presidente em relação ao vero, surgindo assim várias interpretações e valorações.[14]

Devido a fragilidade supra apresentada, a intepretação com parâmetro em decisões anteriores e no próprio texto constitucional e, posteriormente a avaliação história, configura-se mais viável e coerente, visto que a Constituição é o alicerce da criação de todas as leis infraconstitucionais, com o qual essas devem concordar e se fundamentar.

No direito pátrio é válido atentar aos princípios elencados na lei maior que regem nosso ordenamento e garantem os direitos e proteções aos cidadãos/consumidores, bem como a importância do Ministério público e os seus poderes outorgados pela constituição, por fim o próprio Código de Defesa do Consumidor.

[14] Um completo resumo dessas dificuldades constatadas por Ronald Dworkin em "O Império do Direito" (*Op. Cit*.) e "Uma questão de princípio" (*Op. Cit*) é oferecido por Antônio Moreira Maués (*Op. Cit*., p. 143): "Uma primeira dificuldade reside na definição dos indivíduos que devem ser levados em conta: todos os membros da constituinte ou somente aqueles que votaram a favor de determinada proposição? As intenções daqueles que se manifestaram durante os debates deve ter mais importância do que as intenções dos demais? As intenções dos cidadãos e cidadãs que participaram dos debates são relevantes? Devem ser considerados somente os eventos mentais presentes no momento em que a proposição é aprovada, ou também os estados psicológicos posteriores dos legisladores?"

A constituição Federal de 1988, em seu bojo, como já apresentado trouxe a defesa do consumidor como um direito e uma garantia constitucional[15], elevando o direito do consumidor ao status de direitos transindividual. Uma análise mais minuciosa dos dispositivos constitucionais percebesse que a defesa do consumidor foi estabelecida na constituição como direito de alta relevância, como por exemplo no art. 24, VIII[16], o art. 150, §5º[17], no art. 48 das Disposições Transitórias - que determina ao Congresso Nacional a elaboração, dentro do prazo de 120 (cento de vinte) dias da promulgação da constituição, o Código do Consumidor (Lei 8.078/90).

No mesmo contexto uma atenção especial ao art. 170, V, da CF/88, é válida, que não podemos esquecer que a defesa do consumidor é dos princípios no qual está fundada a ordem econômica do Brasil. É salutar também considerar o art. 173, §4º da Lei Maior estabelece que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Na presença de todos esses dispositivos constitucionais, fica evidente a importância da defesa do consumidor para a constituição, devendo ser garantida da melhor e mais coerente forma possível para manutenção das boas e saudáveis relações de consumo.

Nesse sentido, pela interpretação do art. 5º, §2º da CF/88, na sua primeira parte, que estabelece que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", caracteriza-se a amplitude de alcance dos princípios na busca da justiça, da equidade entre outros objetivos contitucionais.

O Ministério Púbico por sua vez tem destaque especial na constituição, pois a lei maior determina suas funções e competências, assim o caput do art. 127 da CF/88, estabelece que:

> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[15] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[16] Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
[...]
VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, **ao consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (grifo nosso)

[17] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]
§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

A outorga dada pela constituição ao Ministério Público por força do art. 127, nos mostra a sua fundamental importância para Estado Democrático de Direito e os interesses individuais, que também são transindividuais, como o direito do consumidor. O art. 129, II da CF/88, determina que é função institucional do Ministério Público zelar pelos direitos assegurados na constituição.

Assim, buscando uma análise mais global dos problemas sociais pela luz da constituição e do complexo sistema de princípios do ordenamento jurídico nacional, o veto presidencial não se configura como ponto determinante para interpretação sobre a impossibilidade ou possibilidade do controle administrativo preventivo do ministério público em face de cláusulas abusivas, uma vez que é difícil de afirmar com clareza suas reais intenções com o veto.

Portanto, nos parece que, à luz do direito como integridade, é perfeitamente cabível o controle preventivo por parte do Ministério Público de cláusulas abusivas, pois a atenção dada a defesa do consumidor e a importância do Ministério Público - como instituição de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis na constituição-, é latente e clara, como basilares no ordenamento brasileiro.

Em se tratando de um controle de âmbito administrativo e anterior aos contratos de adesão serem inseridos no mercado, ou seja, um controle prévio, surge nesse contexto a urgente necessidade desse controle ser exercido pelo ministério público, dado que uma vez inserido o contrato no mercado, o consumidor possui somente duas alternativas: a de aceitar ou não o contrato, não cabendo a ele discutir suas cláusulas. Ademais, e como é sabido, muitos desses contratos tratam de serviços essenciais aos consumidores como telefonia, internet, seguro de saúde e energia elétrica, colocando os consumidores em situações de vulnerabilidade.

Um reforço argumentativo em face do tema é que o próprio Código de Defesa do Consumidor corrobora a coerência da interpretação sistemática da defesa do consumidor na constituição bem como o papel do ministério público no Estado brasileiro, pois pauta a defesa do consumidor nos termos do art. 5º, XXXII e no art. 170, V da CF/88[18], como é um direito assegurado na constituição deve ser zelado pelo ministério público.

O veto presidencial e a ideia da intenção do legislador não se mostram fortes o suficiente para impossibilitar a atuação preventiva do ministério público, em razão da disposição constitucional e toda relação complexa de seus princípios se mostram fortes o suficiente para superação de um veto presidencial.

[18] Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Partindo-se de uma análise econômica do Direito, nos parece muito mais econômico um controle preventivo e administrativo por parte do ministério público, do que o movimentar do judiciário através de demandas judiciais para solucionar litígios gerados pelas cláusulas abusivas - cláusulas essas que causam danos em larga escala - em contratos de adesão, valendo-se da máxima que é melhor prevenir do que remediar.

Nesse sentindo, são válidos os ensinamentos da escola econômica da Escolha Pública, popularmente conhecida como Escola de Virgínia, os quais estabelecem que, no momento que surge uma falha de mercado, comumente buscamos corrigi-la pela atuação estatal, todavia o Estado, como qualquer instituição humana, é falha, por ser constituída de seres humanos, seres imperfeitos, e a principal premissa da referida escola se pauta no fato de que o *homo politicus* não é diferente do *homo economicus*, que é o mesmo *homo sapiens*, ou seja, fica a indagação: quem corrigirá as falhas de Governo?.

Assim há a necessidade de instituições independes e sólidas que possam corrigir as falhas de Estado, causados muitas vezes na busca de corrigir as falhas de mercado, como ocorre atualmente pelas agências reguladoras, que tem por objetivo regular o mercado a fim de corrigir seus desvios, porém o que se percebe que muitas regulações das referidas agências causam prejuízos na livre concorrência e o principal prejudicado é o consumidor[19] (IDEC, 2015), e neste momento o ministério público se configura como a instituição independente e sólida com poderes outorgados na constituição para este fim.

CONCLUSÕES

A democracia moderna está diretamente entrelaçada na concepção de um modelo constitucional, a constituição se apresenta como uma carta magna de direitos e deveres, e impõe sua soberania e controle sobre as leis ordinárias que dela dependem. E na existência de um conjunto de princípios, como no caso de nossa constituição, tanto o judiciário quanto o legislativo devem se pautar neles para alcançar os objetivos nacionais.

O direito como integridade, nos fornece uma interpretação de que o texto legislativo não é por si só claro o suficiente, mas que devemos olhar para todo o conjunto coerente de princípios que tratam da igualdade, devido processo legal, a integridade entre outros, que geram uma melhor compreensão do tema para fornecer a melhor e mais coerente resposta as demandas apresentadas.

[19] Os setores da economia mais regulados são os que lideram o ranking de reclamações do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC.

Nesse contexto a ideia da intenção do legislador através do veto presidencial impossibilitar a atuação administrativa e preventiva do ministério púbico, é refutada com a concepção do direito como integridade, pois é clara a incapacidade de anunciar com firmeza que a intenção do veto presidencial era a referida impossibilidade, e por esse motivo caminhamos para uma interpretação mais completa e global do nosso ordenamento jurídico, com escopo de aproximar as estruturas presentes do direito e o *corpus legis* da verdadeira dinâmica social e boa ordem econômica e consumerista.

O trabalho procurou erguer uma fundamentação na importância da defesa do consumidor na lei maior, e os princípios que regem nosso ordenamento jurídico em conjunto com a importância, funções e competências outorgadas pela constituição ao ministério público, bem como os fundamentos do próprio CDC que se pauta nos princípios constitucionais de defesa do consumidor.

E também não esquecendo da perspectiva econômica das relações de consumo e o que é eficiente, prudente e coerente para se manter uma boa relação de consumo em situações que o consumidor se apresenta em vulnerabilidade como os contratos de adesão, o que se aproxima dos ideais apresentados pela redemocratização do Brasil e através da constituição cidadã de 1988.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Luiza Costa Braga. **O Direito como Integridade e a Aplicação Judicial da Súmula Vinculante**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: CONPEDI, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. IV. Processo Coletivo**. 3º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

_____, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISHC, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito – reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 119/126.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil**. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Doctrina Jurídica, n. 151, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrine *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 2º ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Planos de Saúde representam um terço das demandas de atendimento do IDEC**. Disponivel em: <http://www.estudoadministracao.com.br/ler/16-11-2014-como-fazer-citacoes-internet/>. Acesso em: 25 de nov. de 2016.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Responsabilidade civil: inovações normativas, desafios e perspectivas.** In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord). Direito Civil-Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. Método: São Paulo, 2014.

LEONARDI, Felipe Raminelli. **A Liberdade contratual nas operações econômicas em mercados: a experiência brasileira no controle extrajudicial das cláusulas contratuais gerais**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. n. 12. Salvador: 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, pp. 129-154. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm. Acesso em: 03/10/2015

MAUÉS, Antonio Moreira. **Capítulos de uma história: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade**. Sequência (UFSC), v. 36, p. 135-162, 2015.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processua**l. 4ª ed. São Paulo: Método, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 605-618.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bondin de (orgs.) ET al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOPAN, Luiz Renato. **Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público**. Revista Justitia, São Paulo, n. 54, julho/setembro, 1992, p. 23/34.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.