

MINISTÉRIO PÚBLICO
– PREVENÇÃO E REPRESSÃO
DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS
CONTRATOS DE CONSUMO

HELOISA CARPENA
Procuradora de Justiça (MPRJ)

EXCERTOS

“Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o controle da abusividade dos contratos, fundado no princípio da boa-fé objetiva, foi estruturado e atribuído primordialmente ao Ministério Público”

“A boa-fé se espraia pelas normas do CDC que regulam a atividade de controle dos contratos de consumo, a qual se opera em três vertentes, a saber: (i) garantia da informação ao consumidor; (ii) manutenção do equilíbrio entre as prestações; (iii) proteção contra a abusividade”

“No momento da performance contratual, assume destaque outro direito básico do consumidor, o direito ao equilíbrio contratual, contido no inciso V do mesmo art. 6º do CDC, que permite a revisão ou modificação do conteúdo do contrato, das cláusulas contratuais que se tornaram excessivamente onerosas”

“A preocupação com o equilíbrio econômico, no sentido de equivalência das prestações em um contrato de consumo, tem suas raízes na ideia de boa-fé objetiva e na função social do contrato”

“A despeito do elevado nível de proteção do consumidor brasileiro, o fenômeno da abusividade na matéria contratual persiste como uma das principais questões a serem enfrentadas para efetivação de seus direitos”

“O CDC prevê a mais grave sanção civil para as cláusulas abusivas inseridas em contratos de consumo, que implica a rejeição absoluta de sua validade: a nulidade de pleno direito”

*** Outras qualificações da autora**

Doutora em Direito (UERJ) e Professora de Direito Civil (PUC-Rio).

1. Introdução: breve histórico da proteção contratual do consumidor pelo MP brasileiro

O controle das cláusulas contratuais abusivas está associado à atuação do Ministério Público desde os primórdios da defesa do consumidor no Brasil, que tem como marco inicial a edição da Lei 7.347/85, a qual instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Embora haja registros de iniciativas institucionais anteriores a essa lei¹, foi a partir da definição legal dos interesses metaindividuais que a proteção contratual do consumidor passou a existir em sua dimensão coletiva. Naquela época, que pode ser considerada a primeira fase da defesa dos consumidores brasileiros, em matéria contratual predominavam as questões relativas à prestação de serviços essenciais, sobretudo educação e saúde. Não por acaso, a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto foi proferida em ação civil pública proposta pelo MP contra instituição educacional, na qual se discutia a cobrança abusiva de mensalidades escolares, e cujo ponto controvertido foi precisamente a sua legitimidade ativa².

Somente em 1991, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o controle da abusividade dos contratos, fundado no princípio da boa-fé objetiva, foi estruturado e atribuído primordialmente ao Ministério Público. Com efeito, a Lei 8.078/90, em sua redação original aprovada pelo Congresso Nacional, no capítulo da proteção contratual, instituiu o controle abstrato e preventivo das cláusulas abusivas, nos seguintes termos:

Art. 51 – [...]

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

Art. 54 – [...]

§ 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.

Os dois dispositivos foram objeto de veto presidencial, fundado na sua inconstitucionalidade, pois “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)”.

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.

O controle abstrato, a despeito do veto, continua sendo juridicamente possível, e o controle concreto das cláusulas contratuais que regem relações de consumo permanece atribuído ao Ministério Público por norma expressa do CDC, que estatui:

Art. 51 . [...]

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Em que pese os termos restritivos da norma, a tutela coletiva dos consumidores pode ser promovida por outros autores ideológicos de forma concorrente e autônoma, o que vem ocorrendo com frequência e sucesso na prática forense.

2. Fundamento da abusividade das cláusulas contratuais

No vasto campo da proteção contratual, a lei especial criou diversos instrumentos voltados à compensação da posição de vulnerabilidade em que se encontra o consumidor. Tais instrumentos destinam-se aos diferentes momentos do *iter* contratual: na formação do contrato, em sua execução e na fase posterior ao cumprimento das obrigações principais. Em todas estas etapas, observa-se a incidência do princípio da boa-fé objetiva, cânone interpretativo, limite ao exercício de direitos e criador de deveres anexos.

A boa-fé se espraia pelas normas do CDC que regulam a atividade de controle dos contratos de consumo, a qual se opera em três vertentes, a saber:

(i) garantia da informação ao consumidor; (ii) manutenção do equilíbrio entre as prestações; (iii) proteção contra a abusividade.

No primeiro aspecto, o legislador cuidou da prevenção, buscando dotar o contratante vulnerável de dados suficientes sobre a contratação que lhe permitam manifestar de forma consciente sua vontade no momento da formação do vínculo. Para tal finalidade, há regras expressas e cogentes criando deveres de informação ao fornecedor, gerais (CDC, art. 54, §§ 3º e 4º) ou especiais (CDC, art. 52), cujo descumprimento pode provocar tanto a sua vinculação (CDC, art. 48) como a ineficácia das disposições (CDC, art. 46) ou a nulidade, como veremos a seguir. Todas estas regras têm origem no direito básico do consumidor previsto no art. 6º, III, do Código, de caráter instrumental, eis que visa a possibilitar o pleno exercício do direito de escolha, o qual, em última análise, permite a proteção das expectativas legítimas e assegura uma atuação útil no mercado de consumo³.

Pode o consumidor pretender a revisão ou a modificação da cláusula que comprometa o desejado equilíbrio em bases objetivas

No momento da performance contratual, assume destaque outro direito básico do consumidor, o direito ao equilíbrio contratual, contido no inciso V do mesmo art. 6º do CDC, que permite a revisão ou modificação do conteúdo do contrato, das cláusulas contratuais que se tornaram excessivamente onerosas.

A preocupação com o equilíbrio econômico, no sentido de equivalência das prestações em um contrato de consumo, tem suas raízes na ideia de boa-fé objetiva e na função social do contrato, pois interessa não apenas às partes, mas a todo o grupo social, que o contrato seja e permaneça útil e justo. A lei consumerista brasileira garante ao consumidor a manutenção do sinalagma, reconhecendo somente a ele (e não ao fornecedor) o direito à revisão e modificação das condições contratuais atingidas por fatos posteriores à celebração que venham a romper o equilíbrio das prestações. Com fundamento neste direito básico, pode o consumidor pretender a revisão ou a modificação da cláusula que comprometa o desejado equilíbrio em bases objetivas, sem contemplação de condições pessoais, como o conhecimento das partes ou a previsibilidade da mudança das condições, compreendidas como risco do empreendimento, a ser suportado exclusivamente pelo fornecedor que, em nenhuma hipótese, poderá transferi-lo ao consumidor. A fórmula do CDC acolhe a teoria da base objetiva de Larenz, mais ampla que a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, previstas na lei civil (arts. 317 e 478 do Código Civil brasileiro).

O terceiro instrumento da proteção contratual do consumidor talvez seja o de maior importância e o mais frequentemente utilizado: o controle da abusividade. Desde os primeiros tempos de vigência do código, o tema mereceu grande atenção da doutrina⁴ e da jurisprudência, a revelar sua proeminência numa sociedade de relações crescentemente contratualizadas⁵. A despeito do elevado nível de proteção do consumidor brasileiro, o fenômeno da abusividade na matéria contratual persiste como uma das principais questões a serem enfrentadas para efetivação de seus direitos.

Surgiram então várias questões afetas a esta temática, a começar pela definição da natureza jurídica das cláusulas abusivas no CDC. A referência à abusividade no CDC não prescinde de uma análise, ainda que reduzida pelos limites do presente estudo, do ato abusivo. A questão é polêmica e nossa posição diverge do pensamento mais difundido em doutrina, que rechaça a identificação da abusividade no direito do consumidor com a teoria do abuso do direito, formulada pelo direito civil.

A baixa aceitação do abuso como categoria autônoma, distinta do ato ilícito, é atribuída, em uníssono pelos doutrinadores, à “insegurança teórica que cercava o instituto”⁶. De fato, sob a égide do Código Civil revogado, o instituto penetrou no ordenamento brasileiro de forma tímida, tendo sido referido *a contrario sensu* como exercício irregular de direito (art. 160, I). A nova codificação, no entanto, concedeu destaque ao abuso, introduzido por meio de norma inspirada no Código Civil português⁷, que equipara as duas categorias, o ilícito e o abusivo.

A adoção de uma interpretação literal da norma conduz a conclusão, *data venia*, equivocada. O ato se qualifica como ilícito quanto há norma prevendo uma determinada proibição e a conduta descumpra o preceito. O ato abusivo, por seu turno, será identificado a partir da constatação de que há um descompasso entre a conduta, inicial ou aparentemente legítima, e a finalidade pela qual o ordenamento garante ao titular determinada prerrogativa individual. Não há previsão legal!

O fato de ensejarem os mesmos efeitos não iguala os dois tipos de atos antijurídicos, quando muito os assemelha, persistindo contudo a fundamental diferença quanto à natureza da violação e, por via de consequência, quanto à necessidade de expressa previsão da conduta proibida ou sancionada. Somente se poderá falar de ilicitude quando houver “específica obrigação normativa”⁸, isto é, um comportamento contrário a um dever jurídico determinado que o qualifica. Sempre que tal qualificação não competir ao legislador, mas sim, casuisticamente, ao julgador, estaremos tratando de abuso⁹.

Não há campo mais propício para a teoria do que o dos contratos de consumo, nos quais a vulnerabilidade, que caracteriza o sujeito de direitos como consumidor, propicia o abuso da liberdade de contratar. A desigualdade que marca as relações de consumo constitui a condição ideal para ocorrência dos atos abusivos, quando o fornecedor, prevalecendo-se de sua posição dominante, ultrapassa os limites ao exercício de sua prerrogativa, assegurada pelo ordenamento, de estabelecer o regulamento dessa relação.

O legislador brasileiro, consciente da impossibilidade de manter atualizada a lista das cláusulas proibidas nos contratos de consumo, criou um elenco exemplificativo ao prever que “são nulas de pleno direito, entre outras” as cláusulas que relaciona no art. 51 do CDC. Deixou então ao intérprete, ao aplicador, ao julgador a tarefa de identificar outras disposições abusivas, além daquelas previstas de forma expressa.

Embora, como vimos, seja possível o controle das cláusulas contratuais em abstrato, isto é, antes que o contrato venha a ser efetivamente difundido ou celebrado, frequentemente a abusividade se manifesta *a posteriori*, na execução do contrato, e somente será caracterizada em contemplação das específicas condições das partes. Correta e conclusiva a afirmação de que “o que determina a abusividade é o modo como o titular exerce determinada prerrogativa jurídica, ainda que esta, *a priori*, esteja em absoluta conformidade com o ordenamento jurídico”¹⁰, isto é, ainda que inicialmente seja lícita e merecedora de tutela. Se assim é, o ato abusivo com o ilícito não se confunde, tratando-se de distintas categorias da antijuridicidade.

Ilustra esta conclusão o controle da cláusula de eleição de foro, que não é proibida, isto é, não consta do elenco do art. 51, mas pode ser considerada abusiva sempre que se constituir em óbice ao pleno exercício do direito de ação pelo consumidor¹¹. Nesse exemplo se percebem nitidamente os contornos do ato abusivo, pois a conduta a princípio era lícita, isto é, a liberdade de contratar foi exercida validamente, porém o titular ingressou no plano da antijuridicidade no momento em que estabeleceu a disposição com o fim de coibir ou dificultar o acesso ao Judiciário pelo consumidor. Os limites para o exercício da prerrogativa serão estabelecidos caso a caso, mediante análise das condições da contratação e do objeto do pacto, sendo negada tutela (v.g. sancionado) ao dispositivo cuja previsão se desvia dos objetivos do contrato.

O contrato, entendido como “processo de projeção de trocas no futuro feita no presente”¹², nas relações de consumo, será válido na medida em que suas disposições propiciarem a plena realização de seu objeto, isto é, de tudo aquilo que as partes legitimamente esperam. A proteção das expectativas

legítimas é um dos pilares do direito do consumidor brasileiro e encontra sua base no princípio da boa-fé objetiva.

Vale advertir, finalmente, que a abusividade não se verifica de forma subjetiva, a partir de uma intenção do titular da posição jurídica subjetiva no sentido de lesar ou causar prejuízo à contraparte, como poderia sugerir uma análise apressada. Este entendimento levaria a teoria novamente ao desuso e foi rechaçado pela doutrina em enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos:

Enunciado n. 37:

“Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

No tocante aos seus efeitos, os atos ilícitos e os atos abusivos realmente não se distinguem, ambos conduzindo à invalidade de todo o contrato, ou de partes dele. O CDC prevê a mais grave sanção civil para as cláusulas abusivas inseridas em contratos de consumo, que implica a rejeição absoluta de sua validade: a nulidade de pleno direito. A qualificação ensejaria duas ordens de consequências, quais sejam: estar dispensada a atuação judicial para obtenção dos efeitos da invalidade e possibilitar seu conhecimento de ofício pelo magistrado. Somente a segunda se verifica na atualidade, sendo imprescindível a proclamação judicial da nulidade, insanável, absoluta ou relativa, e esta pode se dar independentemente de requerimento da parte.

Neste ponto reside uma perplexidade no sistema brasileiro de controle das cláusulas abusivas, pois o Superior Tribunal de Justiça editou verbete de sua Súmula 381 nos seguintes termos:

381– *Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. (SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 05/05/2009)*

A doutrina tem sido eloquente na crítica ao entendimento consagrado na súmula. Alguns dos precedentes indicados no incidente de recursos repetitivos e que resultou na aprovação do verbete sequer são pertinentes à conclusão que ele expressa, e que está em contradição com o sistema das nulidades do direito brasileiro e, mais recentemente, com a jurisprudência da corte, como no exemplo citado das cláusulas de eleição de foro. Neste ponto, vale lembrar, a reforma do Código de Processo Civil de 2006 acolheu o entendimento predominante no próprio STJ e introduziu parágrafo único ao art. 112, tornando expressa a possibilidade de declaração de ofício da nulidade da disposição¹³.

É particularmente lamentável a permanência deste verbete na súmula do STJ, tribunal guardião da uniformidade da aplicação do direito federal em nosso país, pois impede a apreciação de recursos em um dos temas mais recorrentes das ações coletivas propostas pelo Ministério Público, como veremos a seguir.

3. O controle do conteúdo dos contratos na via dos inquéritos civis

Muito embora, como visto, a legitimação para as ações coletivas sobre cláusulas abusivas não seja exclusiva do Ministério Público, com ele concorrendo todos os autores coletivos indicados no art. 82 do CDC, podemos afirmar que ainda há um protagonismo da instituição na utilização deste instrumento de proteção dos consumidores. Isto se deve, sem sombra de dúvida, à precedência do MP no trato das lides consumeristas, que data dos anos 1980, anterior, portanto, à própria Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e ao CDC (Lei 8.078/90). Mas não só!

A utilização do inquérito civil, procedimento investigatório que compete unicamente ao *parquet*, tem se mostrado ao longo dos anos fundamental na efetivação do controle da abusividade nos contratos de consumo. Nesta fase administrativa da tutela coletiva, destacam-se as soluções extrajudiciais, que, além de mais rápidas, são também eficazes para obtenção da providência necessária à cessação do abuso.

Na prática, a solução negociada é possível em praticamente todos os assuntos regulados pelas disposições tidas por abusivas. Em levantamento realizado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Consumidor do MPRJ, foi constatado expressivo número de compromissos de ajustamento de conduta celebrados com fornecedores relativos a cláusulas abusivas em contratos, versando sobre temas os mais variados, como por exemplo, cobrança de juros antes do habite-se e da entrega das chaves em contrato de venda de imóveis em construção¹⁴; cláusula de exclusão de responsabilidade em contrato de estacionamento em caso de furto e roubo de objetos deixados no interior dos veículos¹⁵, contrato do cartão de crédito autorizando débito na conta corrente do consumidor do valor mínimo da fatura não paga no vencimento¹⁶, dentre outros. Saúde, educação, finanças e habitação são os temas mais tratados pelos compromissos de ajustamento celebrados no Rio de Janeiro.

Cumpra advertir que o compromisso não envolve disposição de direitos, cuja titularidade só pertence ao MP no seu aspecto processual. Assim, a assunção de compromisso não é motivada pela possibilidade de transação quanto ao conteúdo do direito invocado, mas apenas quanto à forma e ao tempo em que se dará o ajustamento da conduta. Nesta seara, observam-se soluções criativas para problemas caracterizados como microlesões, que são mais eficientes e menos custosas do que as que poderiam ser obtidas na via judicial¹⁷.

Mesmo que a prestação do compromisso perante um órgão do Ministério Público não afaste a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública em razão dos mesmos fatos pelo Ministério Público de outro estado, por exemplo, ou por outro dos legitimados, a solução extrajudicial tem se mostrado vantajosa para os fornecedores investigados, que ficam isentos dos custos incorridos na via judicial.

Os inquéritos civis, procedimentos que visam reunir elementos de convicção para o ajuizamento das ações coletivas, podem ser instaurados por iniciativa exclusiva do promotor de justiça, basta que tenha chegado a seu conhecimento algum fato que constitua, em tese, lesão ou ameaça de lesão a interesse coletivo dos consumidores. Não há dados disponíveis sobre a proporção de instaurações de ofício e das que ocorrem em razão de requerimento dos consumidores ou de outros órgãos públicos; porém, a própria natureza dos assuntos mais frequentes nos compromissos autoriza a conclusão de que os procedimentos se iniciam sobretudo a partir de reclamações dos próprios interessados. A participação dos consumidores na tutela dos direitos de que são titulares e interessados diretos é essencial para que sua proteção seja realizada de forma efetiva. Superar a distância entre o autor coletivo e os beneficiários das medidas judiciais e extrajudiciais obtidas tem sido o desafio a ser superado pelo Ministério Público brasileiro, através de iniciativas como o projeto Consumidor Vencedor.

4. Vitórias alcançadas pelo MPRJ: pesquisa no portal Consumidor Vencedor

Apesar dos esforços para alcançar a solução de problemas coletivos na fase administrativa, são numerosas as ações civis públicas ajuizadas pelo MP, no cumprimento de sua missão de promover a defesa coletiva dos consumidores. No Rio de Janeiro, informações do Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Consumidor revelam que há em andamento 965 ações civis

públicas de consumo e, deste total, 680 tramitam na capital do estado¹⁸. Conquanto não haja uma estimativa do universo de consumidores alcançados pelas ações propostas pelo *parquet*, certamente é expressivo esse número.

Desde que a instituição se estruturou para fazer frente às suas múltiplas atribuições na tutela coletiva, o número de reclamações de consumidores vem sempre crescendo, a demonstrar que a sociedade brasileira reconhece no Ministério Público o representante de seus interesses. Esta procura se reflete também no grande número de ações, que espelha a relevância e o efetivo desempenho da missão institucional. Porém, a crescente judicialização desses conflitos traz novos desafios, no tocante à efetividade das providências alcançadas.

No contexto da especialização da atuação do MPRJ em segundo grau, foi possível dimensionar e avaliar pela primeira vez os resultados desse trabalho. Assim, constatou-se que, embora fossem numerosas as vitórias obtidas nos julgamentos das ações civis públicas, raros eram os processos em que se chegava à execução, em especial nos casos de interesses individuais homogêneos, nos quais as indenizações são direcionadas aos lesados individualmente.

Várias razões foram identificadas como causas deste fenômeno, a saber: o fato de os interesses individualmente considerados possuírem em regra pequena relevância econômica (microlesões); a longa tramitação dos processos; o desconhecimento dos direitos e mecanismos de implementação pelos beneficiários; a persistência de controvérsias judiciais (caracterização dos interesses individuais homogêneos, limites da coisa julgada, legitimidade ativa do MP, execuções individuais e coletivas) e uma evidente falha na comunicação entre o representante em juízo e o grupo de consumidores alcançados pelas decisões.

Entre todas as possíveis causas apontadas para a baixa implementação das decisões nas ações civis públicas, apenas a última poderia ser cuidada pelo MP, o que motivou a disponibilização das informações sobre as vitórias obtidas a favor dos consumidores, em linguagem simples, direta e pouco técnica, acessível via internet. Assim surgiu o portal Consumidor Vencedor¹⁹.

Considerando o total de ações civis públicas consumeristas ajuizadas pelo MPRJ, 165 demandas propostas na capital versam sobre cláusulas abusivas em contratos de consumo; cerca de 20%, portanto, do trabalho das

A desigualdade
que marca as
relações de
consumo constitui
a condição ideal
para a ocorrência
dos atos
abusivos

promotorias se refere ao tema, o que evidencia sua importância na defesa coletiva dos consumidores. Quanto aos temas, verificou-se que, das ações propostas, aproximadamente 1/3 trata de abusividade em contratos de prestação de financeiros ou bancários, seguida dos contratos de assistência médica ou seguro-saúde.

Pesquisando no portal, foram encontradas 22 vitórias sobre o tema da abusividade, predominantemente em contratos habitacionais e financeiros. Deste total, quase 50% (10) das vitórias foram obtidas na via administrativa, através de compromisso de ajustamento de conduta²⁰.

Não caberia aqui uma análise mais minuciosa destes processos, mas, considerando que os registros disponíveis se iniciam em 1992, tome-se como exemplo os três primeiros.

O registro mais antigo se refere a uma ação proposta em 1992 contra Micronews Curso de Computação S/C Ltda.²¹, curso de informática que utilizava propaganda enganosa e cláusula contratual que previa dever de aquisição de materiais pelos consumidores. A sentença foi proferida em 1996, não houve apelo, porém em 2006 ainda se discutia a citação por edital para execução do julgado, que condenou a empresa à devolução de valores indevidamente cobrados dos consumidores, o que faz supor que estes jamais os receberam.

Ainda do mesmo ano, ação civil pública contra Golden Cross Assistência Internacional de Saúde²² impugnava cláusula contratual que permitia a exclusão unilateral de consumidores maiores de 65 anos. Após uma longa tramitação pontuada de incidentes, inclusive com a realização de uma perícia, somente em 2007 foi proferida sentença homologando termo de compromisso, o qual apenas ratificava a liminar concedida em 1992, o que permitiu finalmente arquivar o processo.

No ano seguinte, em 1993, o MPRJ ajuizou contra o Unibanco S/A²³ ação pretendendo a nulidade de cláusula que estabelecia taxa efetiva de juros de 25.9% em contratos de abertura de crédito para construção de unidades habitacionais. A sentença de procedência data de 2005, contudo foi anulada nos tribunais superiores em razão do reconhecimento de incompetência absoluta do órgão julgador. Nova sentença no mesmo sentido sobreveio em 2008, pondo fim ao processo.

Não se pretende, mediante análise superficial, formular conclusões definitivas sobre as razões da demora na tramitação e a conseqüente (e inevitável!) perda de efetividade das decisões proferidas em ações judiciais coletivas. Todavia, o cenário que se permite vislumbrar através das informações do portal Consumidor Vencedor, bem como do Tribunal de Justiça do Rio

de Janeiro, está muito longe do ideal e indica ser preciso refletir sobre os resultados que estão sendo alcançados por essas iniciativas.

Decorridos mais de 20 anos de tutela coletiva dos interesses dos consumidores no Brasil, pode-se dizer que o sistema já amadureceu a ponto de permitir uma revisão de objetivos. Se, num primeiro momento, a preocupação e os esforços eram direcionados para a difusão dos novos direitos, para a adaptação dos instrumentos processuais clássicos e a consolidação de conceitos até então inéditos em nosso sistema jurídico, hoje as atenções devem se voltar para a avaliação crítica do estágio em que se encontra a proteção do consumidor em nosso país e o que pode e deve ser feito para aprimorar e otimizar o uso dos instrumentos disponíveis para este fim. Nesse diapasão, procuramos contribuir para o debate, elaborando algumas propostas.

5. Propostas para uma atuação mais efetiva dos autores coletivos

Certas premissas merecem ser estabelecidas. Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que muito foi alcançado em termos de efetivação dos direitos previstos no CDC. O portal Consumidor Vencedor, iniciado no Rio de Janeiro através de convênios, hoje se estende por sete Estados brasileiros e o Distrito Federal, além do Ministério Público Federal, e é uma demonstração inequívoca de que o *parquet* vem cumprindo com sucesso a missão constitucional que lhe foi atribuída. Nas últimas duas décadas, os Procons em todo o país se estruturaram, surgiram novas associações de consumidores e a Defensoria Pública, por seu trabalho, conquistou legitimidade para determinadas ações coletivas. Vale destaque, ainda, à coordenação nacional desse trabalho, inicialmente a cargo do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que foi alçado ao patamar de Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, de superior hierarquia na estrutura do Ministério da Justiça.

Voltando ao tema paradigmático das cláusulas abusivas e com apoio nas informações referidas acima, podemos identificar alguns fatos: (i) ainda é pouco significativo o número de soluções extrajudiciais; (ii) os inquéritos civis se iniciam mais frequentemente a partir das reclamações dos consumidores; (iii) há um predomínio de temas relacionados a serviços essenciais (saúde, habitação, crédito).

Nesta ordem de razões, há medidas a serem adotadas que dependem apenas do próprio Ministério Público e outras que envolvem outros atores do mercado. Vejamos.

Priorizar o encerramento dos inquéritos civis pelos ajustamentos de conduta pressupõe a habilitação do promotor de justiça nas técnicas de mediação de conflitos²⁴, tema que ainda não faz parte, por exemplo, dos cursos de formação. O acompanhamento permanente do número de compromissos e sua divulgação são essenciais, contendo inclusive os pronunciamentos do Conselho Superior do Ministério Público, que atua no controle dos arquivamentos dos inquéritos (Lei 7.347/85, art. 9º).

Além das medidas a cargo do *parquet*, o efetivo incentivo às soluções extrajudiciais seria alcançado se as condenações nos ônus sucumbenciais nas ações coletivas contemplassem tal aspecto, qual seja, de que o recurso à via judicial poderia ter sido evitado pela parte que, por resistir à pretensão e afinal sucumbir, merece ser penalizada de forma mais contundente.

No entanto, não é este o posicionamento atual das cortes brasileiras, em especial do STJ, em cuja jurisprudência hoje predomina o entendimento no sentido da impossibilidade de condenação em honorários a favor do Ministério Público, a despeito de sua previsão em leis estaduais, como ocorre no Rio de Janeiro²⁵. Além de se constituir em valiosa fonte de recursos para aprimoramento técnico da instituição, as condenações representariam um concreto estímulo à aceitação dos compromissos de ajustamento.

Ainda no plano das providências que dependem exclusivamente de sua iniciativa, é urgente que o MP crie instâncias de discussão de temas prioritários, de modo a estabelecer uma pauta de atuação para seus órgãos de execução. A constatação de que é preciso direcionar a atuação de promotores na área da tutela coletiva – dos consumidores e também em outros temas – esbarra no verdadeiro “tabu” em que se transformou o princípio de independência funcional. Como afirmamos em outra oportunidade²⁶, na seara da tutela coletiva o problema da má compreensão desta prerrogativa se agrava, pois, diversamente do que ocorre na matéria criminal em que, em regra, não estão reunidas em uma só figura o investigador e o autor da ação, não há qualquer controle do que é feito pelo promotor, estando submetido à revisão apenas o arquivamento do inquérito civil. Some-se a isso a enorme gama de assuntos incluídos nas suas atribuições, todos complexos e crescentemente reivindicados pela sociedade. Se a demanda é infinita e os meios são escassos, não há dúvida de que é preciso escolher o que será objeto da atuação ministerial.

A eleição de prioridades não pode ficar a juízo exclusivo do promotor, no isolamento de seu gabinete, mas em razão de sua importância deve ser estabelecida por instâncias democráticas da própria instituição. Desta

forma, a iniciativa ministerial não se dará “a reboque” das reclamações dos consumidores, pois serão de fato buscados no meio social os problemas que merecem ser cuidados pelo MP, através de inquéritos civis e, em último caso, pelo ajuizamento da ação coletiva.

Finalmente, um olhar crítico sobre os temas mais recorrentes no controle das cláusulas abusivas nos faz questionar a (falta de) atuação de outros atores incumbidos da defesa do consumidor. Tanto os serviços de saúde como os financeiros, que se encontram no topo da lista dos temas mais demandados pelo MP na proteção contratual, são atividades fortemente regulamentadas – pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e pelo Banco Central do Brasil (Bacen), respectivamente. Assim, o conteúdo desses contratos deveria ser controlado administrativamente, a fim de evitar que se chegasse à solução extrema, isto é, à via judicial. A eventual omissão das autoridades incumbidas de sua fiscalização deve ensejar também consequências a serem perseguidas pelo próprio MP no desempenho de sua missão de defesa dos direitos sociais e metaindividuais dos consumidores.

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou relatório²⁷ que indica a existência de mais de 90 milhões de ações judiciais em tramitação no Brasil. Em que pese suas dimensões continentais, tal número indica que o recurso ao Judiciário deve ser o último degrau para a solução de litígios. Não há dúvida de que este cenário impressionante aponta para as ações coletivas como a alternativa mais viável na efetivação de direitos sociais, conclusão que torna ainda mais urgente o debate sobre o aprimoramento do sistema da tutela coletiva e da atuação do Ministério Público, seu principal agente.

Notas

¹ Para um breve retrospecto da história do Ministério Público na defesa do consumidor, permita-se remeter a “O Ministério Público e a defesa do consumidor”. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. III, n. 9. Março 2013, p. 13-6.

² “Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do *parquet* para discuti-las em juízo. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como 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 (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas

unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a *legitimidade ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação” (Tribunal Pleno, RE 163231, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737).

³ Sobre o direito de escolha como ponto de intersecção com o direito da concorrência, afirmamos: “Um dos pressupostos para o bom funcionamento do mercado é a circulação de informações verdadeiras, corretas e fidedignas, aptas a orientar as decisões de todos os agentes econômicos: fornecedores, concorrentes, consumidores e até mesmo do próprio Estado. São essas informações que instruem decisões sobre quanto produzir, a que preço, o que produzir, o que comprar ou mesmo quando intervir. Sem o reforço da posição do consumidor, detentor dos referidos direitos de informação, um desses atores fica afastado do processo, o qual garante o equilíbrio das relações no mercado. Sendo capaz de bem escolher, o consumidor indica quais são os melhores produtos e serviços disponíveis, em termos não só de preço mas sobretudo de qualidade, e assim vai gradativamente eliminando o mau fornecedor, em proveito do mercado como um todo, até mesmo dos concorrentes” (Carpena, Heloisa. “Tutela unificada da concorrência e do consumidor no Brasil: a caminho de uma ética no mercado”. *Revista Forense*, v. 388. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 109-20).

⁴ Cite-se, por todos, a obra clássica e consagrada de Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵ “Analisar o contrato enquanto prática implica entendê-lo como um elemento indissolúvelmente ligado à sociedade na qual ele existe (...) o contrato é um projetor de trocas emanado numa matriz social” (Macedo Jr., Ronaldo. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 153).

⁶ Miragem, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 326.

⁷ No Brasil: Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Em Portugal: Art. 334. “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

⁸ Virgilio Giorgianni. *Labuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano, 1963, p. 109.

⁹ Carpena, Heloisa. “O abuso do direito no Código de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional.” Artigo publicado em “A parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil constitucional”, obra coletiva coordenada pelo professor doutor Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 367-86.

¹⁰ Miragem, Bruno. *Op. cit.*, p. 344.

¹¹ Em decisão paradigmática, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em aresto da lavra do saudoso ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, cuja ementa vale transcrição: “Processual civil. Contrato de adesão. Foro de eleição. Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial. Matéria fática. Impossibilidade de reexame. Prequestionamento. Ausência. Enunciado n. 211, Súmula/STJ. Fundamentação. Decisão. Suficiência. Recurso desacolhido. I – A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. II – A Segunda Seção, deste Tribunal, na sessão de 13 de maio deste ano, houve por bem definir a competência, em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código do Consumidor, como absoluta, a autorizar, conseqüentemente, o pronúnciamento de ofício do juiz perante o qual ajuizada a causa em primeiro grau (neste sentido, os CC 17.735-CE e 20.826-RS. III – Não se pode, em sede de recurso especial, afastar as conclusões a que chegou o acórdão recorrido a respeito da dificuldade para a defesa decorrente de eleição de foro se, para tanto, se arrimou a instância de origem em fatos cuja ocorrência é vedado reexaminar no apelo especial (Súmula/STJ, verbete 7). IV – Como já decidido nesta Corte, tem-se por prequestionada determinada matéria, a ensejar o acesso à instância especial, quando a mesma é debatida e efetivamente decidida pelas instâncias ordinárias, sendo de salientar-se que a simples interposição de embargos declaratórios não supre o requisito do prequestionamento, consoante preconiza o Enunciado n. 211 da Súmula/STJ. V – Não é nula a decisão que examina suficientemente toda a controvérsia, externando seu ponto de vista, citando inclusive jurisprudência para embasar a decisão, sendo certo não ser nula a decisão somente porque decidiu contrariamente aos interesses da parte” (QUARTA TURMA, REsp 182.258/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 23/09/1998, DJ 18/12/1998, p. 366).

¹² Macedo Jr., Ronaldo. *Op. cit.*, p. 153.

¹³ Para uma análise aprofundada da questão, cf. Miragem, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 72. São Paulo: RT, out./dez. 2009, p. 72.

¹⁴ <http://rj.consumidorvencedor.mp.br/tembok-planejamento-e-desenvolvimento-imobiliario-ltda/>

¹⁵ <http://rj.consumidorvencedor.mp.br/shopping-rio-sul/>

¹⁶ http://rj.consumidorvencedor.mp.br/convenc-content/uploads/2013/03/VITORIA_TAC_SANTANDER.pdf

¹⁷ A abusividade de cláusula constante de contrato de TV por assinatura, que previa o pagamento de “taxa de visitas técnicas”, nos casos de ausência do assinante ou acesso impossibilitado, foi afastada por compromisso em que a empresa passou a adotar “crédito de visita técnica”, garantido ao consumidor em casos de não comparecimento do técnico, a ser usado para “remunerar” as visitas improdutivas. A íntegra do termo pode ser consultada em http://rj.consumidorvencedor.mp.br/convenc-content/uploads/2013/05/VITORIA_TAC_NET_450_2005.pdf

¹⁸ Dados de setembro de 2014.

¹⁹ Para uma descrição minuciosa do projeto, cf. Carpena, Heloisa. “Consumidor Vencedor. Um projeto do Ministério Público do Rio de Janeiro em busca da efetividade na defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores.” *Revista do Consumidor*, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2013, p. 75-100.

²⁰ Prestaram compromisso as seguintes empresas: Dorex Incorporações Ltda.; Gafisa S.A.; Calçada Empreendimentos Imobiliários S.A. e SPE Barra Bonita Empreendimento Imobiliário Ltda.; SPE Santa Cecília Viva Viver Incorporadora e Construtora Ltda.; Bodytech; Prevident – Serviço de Odontologia Integrado Ltda.; MSC Crociere S.A. (Representada pela MSC Cruzeiros do Brasil Ltda.); Centro de Formação Profissional Bezerra de Araújo Ltda.; Net Rio Ltda. e Cifra S.A. Crédito, Financiamento e Investimento. Os respectivos TACs estão disponíveis no portal <http://rj.consumidorvencedor.mp.br/>

²¹ Proc. n. 007238-49.1992.8.19.0001, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/consulta>

²² Proc. n. 0116701-23.1992.8.19.0001, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/consulta>

²³ Proc. n. 018497-07.1993.8.19.0001, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/consulta>

²⁴ Sobre o tema, vale conferir: Moraes, Paulo Valério Dal Pai. *A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação e arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁵ O recebimento de honorários em ações coletivas propostas pelo MP é possível por aplicação do artigo 20 do Código de Processo Civil e pela inteligência do artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública. Conforme disposto na Lei Estadual do Rio de Janeiro de n. 2.819/97, o *parquet* fluminense é destinatário dos honorários sucumbenciais da parte vencida, sendo tais verbas depositadas no Fundo Especial do Ministério Público.

²⁶ “Tutela coletiva em 2º Grau. A experiência da criação das procuradorias especializadas no Ministério Público do Rio de Janeiro.” *Revista de Processo*, ano 38, n. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro 2013, p. 295-326. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 51, jan./mar. 2014, p. 93-118.

²⁷ ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Sobre as conclusões do relatório, veja também: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/estoque-de-processos-na-justica-cresce-em-media-34-ao-ano-diz-cnj.html>