

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO – *STRICTO SENSU*
WALDOMIRO FERREIRA ALVES JÚNIOR

**CONTRATO DE MÚTUO: DIÁLOGO DAS FONTES SOB A ÓTICA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA IDEIA DE ORDEM PÚBLICA E
A NECESSIDADE DE APROXIMAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

São Paulo
2013

WALDOMIRO FERREIRA ALVES JÚNIOR

**CONTRATO DE MÚTUO: DIÁLOGO DAS FONTES SOB A ÓTICA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA IDEIA DE ORDEM PÚBLICA E
A NECESSIDADE DE APROXIMAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

**São Paulo
2013**

A474c Alves Júnior, Waldomiro Ferreira

Contrato de mútuo : diálogo das fontes sob a ótica da constitucionalização do direito civil na ideia de ordem pública e a necessidade de aproximação com o código de defesa do consumidor. / Waldomiro Ferreira Alves Júnior. – 2014.

169 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

Orientador: Alessandro Serafin Octaviani Luis

Bibliografia: f. 154-169

1. Mútuo Civil 2. Mútuo Bancário 3. Constitucionalização do Direito Civil 4. Ordem Pública 5. Diálogo das Fontes I. Título

CDDir 342.1485

**CONTRATO DE MÚTUO: DIÁLOGO DAS FONTES SOB A ÓTICA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA IDEIA DE ORDEM PÚBLICA E
A NECESSIDADE DE APROXIMAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito Político e Econômico.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Alessandro Serafin Octaviani Luis – Orientador

Professor Doutor Vicente Bagnoli

Professor Doutor Luis Fernando Massonetto

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Valdomiro e Nalda, pelo carinho, incentivo e apoio incessantes a mim dispensados ao longo da vida.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação não estaria completa para apresentação, se dela não constassem alguns agradecimentos imprescindíveis:

A Deus, que me agraciou e guiou por veredas salutares para meu crescimento espiritual e intelectual;

Ao Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis, orientador da presente dissertação, cujas atiladas observações tiveram o condão de conciliar a correção de inúmeros equívocos com o mesurado e embasado conhecimento do mentor sempre solícito e acessível;

Ao Prof. Dr. Rafael Domingos Faiardo Vanzella, por ter me dado a honra de ter sido, inicialmente, meu orientador e por ter sugerido a área cível como delimitadora da presente dissertação;

Aos componentes da banca de qualificação, Professores Doutores Rafael Domingos Faiardo Vanzella, Gilberto Bercovici e Alexandre Gaetano Nicola Liquidato, pelas pertinentes e enriquecedoras sugestões que em muito contribuíram para a estrutura e desenvolvimento do presente trabalho;

Ao Prof. Dr. Marcel Mendes, pelo valioso amparo e confiança na empreitada de cursar o mestrado e, especialmente, pelo exemplo de dedicação e empenho no exercício de sua docência;

Ao amigo e colega de Especialização em Direito Processual Civil, advogado Flávio Valim Côrtes, por ter me indicado o caminho a seguir; permitindo-me e proporcionando-me, a um só tempo, uma harmoniosa e enriquecedora convivência;

A todos os professores e professoras do Curso de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, os quais, com denodo e determinação, conferiram-me discernimento seguro e gratificante, não só pela

preleção primorosa do saber, mas, sobretudo, pelo ensinamento permanente de vida e de profissionalismo.

“Enquanto não pudermos deparar com uma verdade absoluta, devemos contentar-nos com que as verdades relativas se corrijam umas às outras, e também adotar a coragem da unilateralidade, de uma unilateralidade que seja consciente de si mesma”. Viktor Frankl

“Sobre tudo o que se deve guardar, guarda o teu coração, porque dele procedem as saídas da vida”. Provérbios 4:23.

RESUMO

O presente trabalho dissertativo apresenta algumas reflexões sobre a teoria do diálogo das fontes, especialmente para verificar se sua utilização pode ou não favorecer o mutuário da esfera cível tendo como parâmetros a constitucionalização do direito civil na ideia de ordem pública e a verificação, *ipso facto*, da possibilidade de aplicação dos princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis ao mútuo bancário, a essas relações. A doutrina e a jurisprudência têm demonstrado que o caminho inverso, o de se aplicarem as disposições do Código Civil às relações de consumo já é uma realidade incontestada. Resta saber se o arranjo jurídico-constitucional poderá possibilitar que isso ocorra. Analisa-se também a hipótese de a feitura de contratos válidos em sintonia com os ditames constitucionais potencializar o exercício da cidadania. Objetiva-se, enfim, contribuir para o estudo da problemática que se manifesta na análise relacional dos temas citados.

Palavras-Chave: Mútuo civil. Mútuo bancário. Constitucionalização do Direito Civil. Ordem Pública. Diálogo das Fontes.

ABSTRACT

This dissertation work presents some reflections on the theory of dialogue of sources, especially to verify that its use may or may not favor the borrower's civil sphere having as parameter the constitutionalization of civil law in the idea of public order and verification, *ipso facto*, the possibility of applying the principles and rules of the Code of Consumer Protection, applicable to mutual banking to these relations. The doctrine and jurisprudence have shown that the opposite way, to apply the provisions of the Civil Code to consumer relations is already an undeniable reality. The question is whether the legal-constitutional arrangement can allow this to happen. Leads also to reflect the making of valid contracts in line with the constitutional principles enhances the exercise of citizenship. Objective is, ultimately contributing to the study of the problem that manifests the relational analysis of the issues cited.

Keywords: Mutual civil. Mutual Bank. Constitutionalization of Civil Law. Public Order. Dialogue of sources.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. O MÚTUO CIVIL	17
1.1 O MÚTUO CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	17
1.1.1 Princípios informadores do mútuo civil sob a ótica do Código Civil de 1916	17
1.1.1.1 A autonomia da vontade	19
1.1.1.2 A obrigatoriedade dos contratos	20
1.1.1.3 A relatividade dos contratos	21
1.1.2 Contrato de mútuo: noções gerais	23
1.1.2.1 Definição	23
1.1.2.2 Características jurídicas	24
1.1.2.2.1 Real	24
1.1.2.2.2 Unilateral ou bilateral	25
1.1.2.2.3 Gratuito ou oneroso	26
1.1.2.2.4 Temporário	27
1.1.2.2.5 Translatício de domínio	28
1.1.2.3 Objeto do mútuo	28
1.1.2.4 Partes	29
1.1.2.5 Requisitos objetivos	29
1.1.2.6 Requisitos subjetivos	30
1.1.2.7 Requisitos formais	31
1.1.2.8 Restituição	31
1.1.2.9 Vencimento antecipado	32
1.1.2.10 Prazo	33
1.1.2.11 Usura	35
1.2 O MÚTUO CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	37
1.2.1 Princípios informadores do mútuo civil sob a ótica do Código Civil de 2002	37
1.2.1.1 Princípio da função social	40
1.2.1.2 Princípio da boa-fé objetiva	42

1.2.2 Contrato de mútuo na visão do Código Civil de 2002	46
1.2.2.1 O controle de juros	48
2. O MÚTUO BANCÁRIO	50
2.1 PRINCÍPIOS APLICADOS AOS CONTRATOS BANCÁRIOS	50
2.1.1 Princípio da transparência	52
2.1.2 Princípio da boa-fé ou da lealdade	53
2.1.3 Princípio do protecionismo	55
2.1.4 Princípio do imperativo de ordem pública e interesse social	56
2.1.5 Princípio da vulnerabilidade	58
2.1.6 Princípio da hipossuficiência	61
2.1.7 Princípio do dever de informar	62
2.1.8 Princípio da revisão das cláusulas contratuais	65
2.1.9 Princípio da conservação do contrato	66
2.1.10 Princípio da equivalência	67
2.1.11 Princípio da solidariedade	68
2.2 “EMPRÉSTIMO BANCÁRIO” OU “MÚTUO BANCÁRIO”	69
2.3 CONCEITO E DEFINIÇÃO DE MÚTUO BANCÁRIO	70
2.4 INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	72
2.5 OBJETO DO MÚTUO BANCÁRIO	73
2.6 ESPÉCIES DE MÚTUO BANCÁRIO	74
2.7 CARACTERÍSTICAS DO MÚTUO BANCÁRIO	75
2.7.1 Partes	75
2.7.2 Juros	76
2.7.3 Garantias.....	77
2.7.4 Prazo	78
2.8 CONTRATO DE ADESÃO	79
2.8.1 A descaracterização do contrato bancário para mútuo civil	80
3. MÚTUO CIVIL: SOBRE A INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA IDEIA DE ORDEM PÚBLICA	83

3.1 ORDEM PÚBLICA	84
3.1.1 Desambiguação dos termos	85
3.1.2 Princípio de ordem pública	88
3.1.3 Matéria de ordem pública	90
3.1.4 Ordem pública como limitação à autonomia da vontade	91
3.1.4.1 Norma cogente	92
3.1.4.2 Normas cogentes gerais	94
3.1.4.3 Normas cogentes específicas	95
3.1.4.4 Reflexão pontual	97
3.1.5 Ordem pública econômica de direção e ordem pública econômica de proteção	101
3.2 O MÚTUO CIVIL E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO CONTEÚDO CONSTITUCIONAL	102
3.2.1 A constitucionalização do direito civil	103
3.2.2 Ordem pública como cláusula geral	109
3.2.3 Ordem pública e a influência da constitucionalização do direito privado	113
4. CONTRATO DE MÚTUO: DIÁLOGO DAS FONTES SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA IDEIA DE ORDEM PÚBLICA E A NECESSIDADE DE APROXIMAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	118
4.1 O DIÁLOGO DAS FONTES	118
4.1.1 Diálogo das fontes de ordem pública no âmbito do contrato de mútuo civil e a necessidade de aproximação com as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor	121
4.1.1.1 A proteção dos hipervulneráveis: diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil	128
4.1.1.2 O diálogo das fontes e a jurisprudência do STJ	135
4.1.1.2.1 Método de pesquisa adotado	135
4.1.1.2.2 Análise qualitativa dos dados jurisprudenciais encontrados	136
4.1.2 A acepção de cidadania no contexto contratual	143
CONSIDERAÇÕES FINAIS	150
BIBLIOGRAFIA	154

INTRODUÇÃO

Ao se propor o tema que intitula a presente dissertação, bem como seu desenvolver dogmático, cuidou-se de estabelecer-se a relação entre o tema escolhido – *“Contrato de mútuo: diálogo das fontes sob a ótica da constitucionalização do direito civil na ideia de ordem pública e a necessidade de aproximação com o Código de Defesa do Consumidor”* – e uma das duas linhas de pesquisa direcionadoras do curso de mestrado da Universidade Presbiteriana Mackenzie, “A Cidadania modelando o Estado” e “O poder econômico e seus limites jurídicos”.

Optou-se pela primeira – muito embora o apelo da segunda procurasse se impor, tendo em vista a larga afeição sugerida pelo tema e a linha de pesquisa refutada –, mais em virtude de suas implicações na ordem social do que pelo desencadear dos desdobramentos econômicos latentes ou subjacentes.

Visando observar e conhecer os aspectos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência, visitaram-se alguns dos institutos jurídicos inseridos no entorno do tema com o fito de confrontá-los com as ideias que brotam de sua análise.

Dentre os objetivos delineados para o presente trabalho, destaca-se a reflexão acerca do cotejo entre as figuras jurídicas de relevada importância nas hodiernas relações econômicas: de um lado o contrato de mútuo oriundo da seara civilista, cujos contornos normativos dão ao seu similar na área bancária feições semelhantes; de outro, a necessidade, ou não, de adequação daquele em relação ao mútuo bancário.

Quando se parte de posições normativas postas para a atividade prática, as regras, nesse sentido, adquirem uma “qualidade” de dogma, não podendo, a princípio, ser contestadas, quando formalmente válidas, no que diz respeito à sua existência. Todavia, novos paradigmas levam à discussão de que alguns institutos e muitas dessas regras, tendo em vista seu alcance e sua eficácia, vêm merecendo uma releitura e uma nova interpretação, tendo em vista os interesses públicos e sociais que se manifestam, muitas vezes, em matérias de ordem pública.

Assim, na posse dessas informações e visando a uma maior dinamicidade, dividiu-se o presente trabalho dissertativo em quatro capítulos, que, espera-se, possam cumprir os objetivos propostos sem torná-lo prolixo.

Inicia-se o primeiro capítulo fazendo uma abordagem do mútuo civil sob a ótica do Código Civil de 1916, visita-se seu mundo principiológico, tecendo considerações preambulares, conceituais e distintivas para, ao depois, discorrer sobre os princípios que se julgou estarem mais afeitos ao *affaire*. Assim, foram abordados os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e o da relatividade dos contratos. No mesmo capítulo se enfrenta o mútuo civil na visão do Código Civil de 2002, analisando os novos princípios estabelecidos para os contratos – função social e boa-fé objetiva –, e apresentando em linhas gerais as principais modificações legislativas em relação ao Código anterior.

No capítulo segundo, aborda-se o mútuo bancário, seus princípios, suas características e os julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca de seus mandamentos, mais afeitos aos aspectos constitucionais do que o seu similar na seara civil, especialmente por incidirem sobre este as disposições legais oriundas do Código de Defesa do Consumidor. A expectativa é oferecer uma melhor visualização, já que alguns pontos servirão para a análise contextual que embasa os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

No capítulo terceiro, é apresentado um estudo sobre a ordem pública: a ordem pública enquanto princípio, enquanto norma, enquanto meio para a constitucionalização do direito civil e como cláusula geral, apontando diferentes posicionamentos doutrinários no que tange à constitucionalidade ou não dos dispositivos em análise e sobre os demais questionamentos. Optou-se por não abordar todos os aspectos possíveis ou imagináveis, já que a matéria se apresenta inexpugnável, restringindo-se, pois, aos dilemas já enfrentados, não se deixando, contudo, o indagar a respeito de certas características peculiares ao desdobrar de sua aplicação.

Por derradeiro, no capítulo quarto, questiona-se a possibilidade de aplicação da teoria do diálogo das fontes como meio propício ou não a uma aproximação maior entre os princípios e as normas do Código de Defesa do Consumidor, que servem

ao mútuo bancário, com as disposições principiológicas e legais que dão arrimo ao mútuo civil, levando em conta a constitucionalização do Direito Civil e a ideia de ordem pública; aponta-se, por fim, a ligação entre a formalização de um contrato válido, com o viés constitucional, e o exercício da cidadania na ideia que lhe empresta o elemento civil do conceito elaborado por T. H. Marshall.

Em razão da vasta diversidade de hipóteses que decorrem da análise reflexiva dos campos de atuação das normas e princípios que envolvem o tema, não se tem a pretensão de esgotar o assunto – quiçá se vislumbra isso –, mas, tão somente, pretende-se tecer algumas considerações baseadas na doutrina e na jurisprudência, as quais poderão, espera-se, fornecer subsídios a outros estudos e questionamentos.

1. O MÚTUO CIVIL

As operações de crédito decorrem, em sua grande maioria, de empréstimos, especialmente de empréstimos de bens fungíveis; embora o empréstimo em dinheiro ocupe, hoje, papel de destaque, isso não foi sempre assim, pois existiu, outrora, o empréstimo de produtos naturais, consoante registros nos papiros do antigo Egito. Entretanto essa prática evoluiu para o empréstimo em dinheiro. Já no direito romano esse tipo de empréstimo tomou feições que conduziram o mútuo ao estágio em que se encontra hoje¹.

Muito embora as feições desse tipo de empréstimo se apresentem bem definidas, as relações que envolvem o contrato de mútuo, seus princípios e os cidadãos que dele participam não podem ser tratadas de maneira estanque, como se seus conteúdos fossem imutáveis, mas sim como sendo variáveis, haja vista as transformações profundas por que eles passaram e por que passa a sociedade², provedora dos alicerces que dão substância e sustentação a conceitos outros que estão no contexto da matéria em análise. Mesmo porque, o mútuo se desenvolveu levando em conta não apenas as perspectivas econômicas que lhe são peculiares, porém considerando aspectos políticos, sociais, filosóficos, religiosos e morais que influenciam inclusive a ordem pública e, sem os quais, não é possível compreendê-lo.

O mútuo bancário, apesar de apresentar a mesma matriz que o mútuo civil, dele se distanciou no que diz respeito ao conteúdo normativo. Todavia, a Teoria do Diálogo das Fontes fez com que uma aproximação principiológica e normativa entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) se estabelecesse para beneficiar a parte que se apresentasse mais fraca nas relações contratuais, notadamente nas relações de consumo.

¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial: Direito das Obrigações: Mútuo. Mútuo a risco. Contrato de conta corrente. Abertura de Crédito. Assinação e Acreditivo. Depósito*. Ed. 3. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. T. XLII. p. 8.

² ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra. Almedina, 2009. p. 3.

Propuseram-se, nesse contexto, conjecturas que visassem, reflexivamente, com base na doutrina e na jurisprudência, uma aproximação entre o mútuo civil e o mútuo bancário, no que diz respeito à aplicação de princípios e normas do CDC aos contratos da seara civilista, perscrutando, por fim, se um contrato válido que observa preceitos constitucionais potencializa o exercício da cidadania.

A par disso, é de se ressaltar, primeiramente, que o título que embala o presente trabalho – “Contrato de mútuo: diálogo das fontes sob a ótica da constitucionalização do direito civil na ideia de ordem pública e a necessidade de aproximação com o código de defesa do consumidor” –, traz em seu bojo nuances que contemplam cada um dos temas preliminarmente nominados, razão pela qual o contrato de mútuo, tanto o civil quanto o bancário, que dá arrimo às reflexões analíticas relacionais anteriormente propostas, será mais bem entendido se trouxermos à memória aspectos doutrinários que irão realçar essas pontuais reflexões.

1.1 O MÚTUA CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

1.1.1 Princípios informadores do mútuo civil sob a ótica do Código Civil de 1916

A teoria empreendida no contratualismo³ pode, consoante afirmação de Enzo Roppo, ser e ter sido utilizada, conjunturalmente e historicamente, como uma função

³ “Com o Contratualismo tornou-se comum identificar teorias muito diversas entre si. Por isso, a possibilidade de definir, de modo adequado, corrente tão complexa do pensamento ocidental depende quer da adoção de perspectivas e ângulos diversos, quer do seu confronto com as soluções dadas ao problema da ordem política por outras correntes do pensamento. Em sentido amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola entendemos aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder do consenso”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13 Ed. 5ª Reimpressão. Trad. Carmem C. Varriale et al.; Coord. Trad. João Ferreira; Rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. V. I. p. 272.

ideológica⁴, razão pela qual, refletiriam falsificações da realidade⁵. De tal sorte, que, para Roppo,

“Qualquer ideologia – e por isso também a ideologia do contrato, nas suas várias formas – só pode ser correctamente entendida e denunciada, de modo apropriado e eficaz, se se tiver em conta essa necessária e particularmente complicada interligação entre a verdade e a falsidade: ela parte da realidade mas para distorcê-la; distorce a realidade, mas partindo desta não pode deixar de, por algum modo, reflecti-la.”⁶

Decorrência desse reflexo, dessa ideologia, seria a derivação de princípios, princípios ideológicos. No caso do contrato, a ideia de princípio que se abstrairia, inicialmente, levaria à concepção do princípio da liberdade de contratar.

Com fulcro nessa liberdade de contratar, Roppo afirma que:

“... a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando-se este ou aquele preço”⁷.

Uma liberdade tão solenemente forte que “... os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados”⁸.

O mútuo civil, em que pese suas características, como qualquer outro contrato regido durante a vigência do Código Civil de 1916 – de forte influência liberal e que se fundamenta na ideia de intervenção mínima do Estado –, tem por base princípios alicerçados nessa liberdade de contratar e, dentre estes, é de ressaltar os basilares: autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e o da relatividade dos contratos, a seguir, sucintamente analisados.

⁴ ROPPO, op. cit. p. 29.

⁵ Idem, ibidem, p. 31.

⁶ Idem, ibidem, p. 31.

⁷ Idem, ibidem, p. 32.

⁸ Idem, ibidem, p. 32 e 33.

1.1.1.1 A autonomia da vontade

A autonomia da vontade e sua conseqüente manifestação exerce papel preponderante no negócio jurídico – a ponto de se afirmar que, “*se falta a manifestação da vontade, o negócio jurídico é nenhum*”⁹ –, de tal modo a desdobrar-se em elemento básico para sua consecução e, embora “*por alguns denominado consentimento, constitui a trama ou substratum do contrato*”¹⁰.

Henri de Page assinala que a vontade é o primeiro elemento do ato jurídico e que, uma vez proferida, a vontade terá o condão de produzir os efeitos jurídicos daí decorrentes¹¹. Tais apontamentos, em consonância com a afirmação de Emílio Betti de que “*a categoria mais importante dos actos lícitos, assim definidos, é constituída pelos negócios jurídicos*”¹², dão, por si sós, a ideia do prestígio da vontade para a formação do contrato; a declaração (ao lado do comportamento) é, na lição de Emílio Betti, o elemento central e característico do negócio jurídico¹³, um fenômeno que se consubstancia após uma declaração, “*uma saída do pensamento do íntimo de cada um, para se tornar expressão objectiva, dotada de vida própria, perceptível e apreciável no mundo social*”¹⁴; é necessário, entretanto, que se traduza em atos formais, pois, do contrário, se consubstanciará em mero fenômeno psíquico¹⁵.

Carlos Roberto Gonçalves lembra que o princípio da autonomia da vontade teve seu apogeu logo após a Revolução Francesa, quando imperava o individualismo e

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. Tomo 3. p. 7.

¹⁰ NADER, Paulo. *Curso Civil: Contratos*. Ed. 5. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. 3. p. 17.

¹¹ “*La volonté est le premier élément de l’acte juridique*” [...] “*la volonté doit tendre à produire des effets juridiques*”. PAGE, Henri de. *Droit Civil Belge: principes, doctrine, jurisprudence*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1933. p. 35.

¹² BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. 1ª Ed. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 1969. T. I. p. 33.

¹³ Idem, *ibidem*, T. I. p. 300.

¹⁴ BETTI, op. cit., T. I. p. 248.

¹⁵ Idem, *ibidem*, T. I. p. 244.

predominava a liberdade em todos os setores, inclusive no contratual¹⁶. Segundo o autor, a liberdade, aí apregoada, abrangia o direito das pessoas

“... de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato. O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado”¹⁷.

Paulo Nader, nesse contexto, afirma que, pela vontade:

“... o agente expressa a intenção de celebrar determinado tipo de contrato com alguém, indicando o objeto e condições do ato negocial. Constitui o *animus contrahendae obligationis*, que deve estar presente na manifestação de vontade das partes contratantes. A vontade individual, por si só, não é suficiente para produzir efeitos jurídicos, porque não passa de um fenômeno psicológico. É necessário que seja declarada, expressa ou tacitamente. O contrato se perfaz quando se chega ao *in idem placitum*, ou seja, quando os interesses opostos se encontram”¹⁸.

1.1.1.2 A obrigatoriedade dos contratos

Consequência da liberdade e autonomia para contratar é a consubstanciação de que, pela vontade manifestada, decorrerá que esta deverá ser respeitada, pois a avença fará lei entre as partes, assegurando a qualquer delas o direito de exigir seu fiel cumprimento¹⁹.

Por outras palavras, Silvio Luís Ferreira da Rocha assevera que o contrato possui força vinculante, ou seja, obriga as partes. A bem da verdade, o contrato faz incidir, sobre as partes e qualquer dos contratantes, caso não cumpram as obrigações

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Ed. 5. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. V. III. p. 20.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 20.

¹⁸ NADER, op. cit., 2010. V. 3. p. 17 e 18.

¹⁹ GONÇALVES, op. cit., 2008. V. III. p. 21.

assumidas, a força de lei que lhe é peculiar, estando, pois, todas as partes, sujeitas ou à resolução contratual ou à execução específica forçada do contrato²⁰.

Rocha assinala, ainda, que:

“Atribui-se a duas circunstâncias a força vinculante do contrato. A primeira ao fato de o contrato ter sido livremente estipulado ou aceito, o que quer dizer que as partes concordaram em impor restrições recíprocas à futura liberdade. A segunda ao fato de o contrato ter sido celebrado no próprio interesse, isto é, os contratantes estipularam o contrato em razão das vantagens que irão auferir com ele.”²¹

Uma vez celebrado o contrato, e observando este todos os requisitos e pressupostos essenciais à sua validade, ele deverá ser executado pelos contratantes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos²².

Orlando Gomes apregoa, nesse sentido, que

“O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.”²³

1.1.1.3 A relatividade dos contratos

O princípio em comento tem por base a ideia de que pessoas – terceiros –, não envolvidas diretamente na relação contratual não se submetem aos efeitos daí provenientes, ou seja, o contrato produzirá efeitos em relação às partes que dele participaram e que livremente manifestaram suas vontades em contratar.

Nesse sentido, Otavio Luiz Rodrigues Junior afirma que o princípio da relatividade *“baseia-se na preeminência da autonomia da vontade e na possibilidade das partes*

²⁰ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Curso Avançado de Direito Civil: contratos*. Coordenação Everaldo Augusto Cambler. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

²¹ ROCHA, op. cit., p. 36.

²² GOMES, Orlando. *Contratos*. Ed. 24. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36.

²³ Idem, ibidem, p. 36.

*estabelecerem vínculos jurídicos que afetem direta e exclusivamente suas próprias condutas*²⁴.

Destaque-se que o ponto fundamental reside

“no fato de ser terceiro aquele que não é parte no contrato, porque não contribui com sua vontade para a formação do negócio jurídico, motivo pelo qual, em regra, não poderia sofrer seus efeitos. Esse dogma jurídico assentou-se no Direito romano, por meio da expressão *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*, que significa que o ato havido entre partes não pode aproveitar nem prejudicar terceiros, e chegou aos nossos tempos conhecido como o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos”²⁵.

De outro modo, no mesmo sentido e a esse respeito, assim se manifesta Hugo Evo Magro Corrêa Urbano:

“Esse princípio está sempre presente nos ordenamentos jurídicos mais conhecidos, seja de forma expressa ou, implícita, podendo, nesse último caso, ser deduzido do sistema de regras regulamentadoras das relações de direito privado, como é o caso do direito brasileiro.”²⁶

Tendo em conta as disposições do Código Civil de 1916, deduz-se que o princípio da relatividade dos contratos advém das disposições dos artigos 880 e 1.069, primeira parte²⁷.

Assim, não sendo a obrigação personalíssima, os efeitos se operam somente entre as partes envolvidas no contrato e seus sucessores; lembrando, demais, que somente as obrigações personalíssimas não têm o condão de vincular os sucessores.

²⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *A doutrina do terceiro cúmplice*. In: Obrigações e contratos: contratos; princípios e limites. Organização de Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 3. p. 1.227.

²⁵ URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *A eficácia externa dos contratos*. In: Obrigações e contratos: contratos; princípios e limites. Organização de Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 3. p. 1.055.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 1.056

²⁷ “Art. 880. Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.”; “Art. 1.069. A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071imprensa.htm. Acesso em: 15 de ago. de 2013.

1.1.2 Contrato de Mútuo: noções gerais

O mútuo ou empréstimo de consumo se distingue do comodato, que concretiza apenas a cessão de uso, exigindo, demais, a transferência da propriedade mesma, não conciliando a conservação da coisa com a faculdade de consumi-la, sem o que poderia perder, este tipo de empréstimo, a sua finalidade e utilidade econômica. Pelo mesmo motivo, e levando em conta ainda a diferença deste com o comodato, “o mutuante há de ser dono da coisa mutuada” e pressuporá, na translação do domínio, que “somente quem é dele titular estará habilitado a mutuar”²⁸. Tanto esses como outros aspectos que envolvem o contrato de mútuo estarão mais bem dispostos nas linhas que se seguem.

1.1.2.1 Definição

A definição do contrato de mútuo decorre da própria dicção do artigo 1.256²⁹ do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1916, e que se consubstancia, nas palavras de Clóvis Bevilacqua, no “*contrato pelo qual alguém transfere a propriedade de coisa fungível a outrem, que se obriga a lhe pagar coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade*”³⁰, sendo que, genericamente e em outras palavras, o mútuo se consubstancia no “*empréstimo de coisas fungíveis (Código Civil, art. 1.256), isto é, o contrato pelo qual uma das partes transfere uma coisa fungível a outra,*

²⁸ PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ed. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. III. p. 218.

²⁹ “Art. 1.256. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 15 de ago. de 2013.

³⁰ BEVILACQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua. Ed. 10. Atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1955. p. 261.

*obrigando-se esta a restituir-lhe coisa do mesmo gênero, da mesma qualidade e da mesma quantidade*³¹.

1.1.2.2 Características jurídicas

Bevilaqua aponta como caracteres desse tipo de contrato a natureza real, a gratuidade e a onerosidade³², enquanto que Caio Mário da Silva Pereira, para fins didáticos, é mais elástico, já que acrescenta, dentre estas características, as de que ele é também unilateral, temporário e translaticio de domínio³³. Não que Bevilaqua não reconheça estas peculiaridades, apenas ele não as inclui porque não seguem a mesma disposição pedagógica.

1.1.2.2.1 Real

O mútuo é um contrato real, ou seja, só se perfaz com a entrega da coisa mutuada³⁴ e, dentro da sistemática do direito brasileiro, *“a entrega efetiva da coisa é requisito de constituição da relação contratual. Sem a traditio há apenas promessa de mutuar (pactum de mútuo dando, contrato preliminar), que não se confunde com o próprio mútuo*³⁵. Entretanto, embora a promessa não configure o mútuo, ainda não seja o mútuo, ela coloca *“o promitente na obrigação de satisfazer o prometido (obrigação faciendi), ou responder por perdas e danos*³⁶.

³¹ PEREIRA, op. cit., v. III, p. 218.

³² BEVILAQUA, op. cit., 1955, p. 361.

³³ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 218 e 219.

³⁴ BEVILAQUA, op. cit., 1955, p. 361.

³⁵ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 218.

³⁶ BEVILAQUA, op. cit., 1955, p. 361.

Sem fugir a essas palavras, Pontes de Miranda afirma que o mútuo, no direito brasileiro, é,

“... de regra, contrato real: exige, para ser, o elemento ‘entrega da coisa, aí, não é elemento necessário à validade do contrato, nem à sua eficácia; é elemento necessário à sua existência. Sem a entrega da coisa, não há ainda mútuo: o suporte fático do negócio jurídico é insuficiente; e não deficiente; tudo se passa no plano da existência, onde o ‘não’ importa que não se possa pensar em validade ou invalidade, eficácia ou ineficácia. Há o dever e a obrigação de restituir, porque houve o acôrdo e a entrega, de modo que, se o acôrdo for anterior à entrega, o suporte fático só se torna suficiente com a entrega”³⁷.

1.1.2.2.2 Unilateral ou bilateral

Apenas o mutuário contrai obrigações, pois o mutuante outra obrigação não tem que não a de entregar a coisa mutuada, ato que, como se viu, integra sua constituição, já que real³⁸.

O contrato será unilateral se o mútuo for gratuito, sem significar, contudo,

“que o mutuante, vinculado como está, não tenha deveres, ainda que seja o do efeito mínimo dos negócios jurídicos. O mútuo oneroso é tão evidentemente bilateral que um dos pontos principais da técnica jurídica, no tocante às limitações à liberdade de contratar, é de evitamento da excessiva onerosidade (limitação das taxas de juros, regras jurídicas sobre usura dos mutuantes)”³⁹.

Pontes de Miranda não deixa de enfatizar, portanto, que “o *mútuo oneroso é contrato bilateral. O mútuo sem juros é contrato unilateral.*”⁴⁰

³⁷ MIRANDA, op. cit., T. XLII. p. 8.

³⁸ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 219.

³⁹ MIRANDA, op. cit., T. XLII. p. 20.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 19.

1.1.2.2.3 Gratuito ou oneroso

Embora não seja em sua essência gratuito, na falta de estipulação, presume-se sua gratuidade sem, contudo, assumir grande importância na vida social. O mútuo gratuito é tido como um auxílio desinteressado, um contrato benéfico, todavia, quando sujeito a juros dá ensejo ao mútuo oneroso, com sérios desdobramentos econômicos⁴¹.

Bevilaqua adverte, entretanto, que, seja ele oneroso ou gratuito, não deixa de ser um tipo de contrato com características únicas, já que

“... em vez de ser uma variedade de empréstimo, é antes, locação de coisas fungíveis o mútuo oneroso. Na locação, cede-se, apenas, o uso; no mútuo transfere-se a propriedade. E esta só consideração cava profunda diferença entre as duas figuras do contrato”⁴².

Pontes de Miranda, em sentido contrário, afirma a existência de uma contradição, uma vez que, “*se o bem fosse fungível, ou se lhe admitisse, pelo contrato, a fungibilidade, tratar-se-ia de locação*”, razão pela qual, segundo o autor, o mútuo, pela falta de expressões como *emptio venditio* e *locatio condicio* serviria para não se pensar em bilateralidade contratual, muito embora o aluguel esteja “*para os juros como a coisa trocada está para o preço do bem vendido*”⁴³.

Entretanto, há de se destacar a distinção entre o mútuo e a locação, não só por não se tratar de bem fungível como pelo fato de nesta última não se cogitar a transferência do domínio nem de seu consumo, de modo que acarrete, por exemplo, sua destruição. A jurisprudência, por ocasião da aplicação da lei de usura aos contratos de locação, é assente no sentido de não aplicá-la a esse tipo de contrato por não se configurar contrato de mútuo^{44 45}, apaziguando, portanto, a celeuma criada pela doutrina.

⁴¹ BEVILAQUA, op. cit., 1955, p. 361.

⁴² Idem, ibidem, p. 361.

⁴³ MIRANDA, op. cit., T. XLII. p. 10 e 11.

⁴⁴ BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 42495/GO – Relator Ministro Victor Nunes - RTJ VOL-00014-01 PP-00203. Disponível em: Disponível em:

O Código Civil brasileiro de 1916 estabelece que o contrato de mútuo só será oneroso se houver cláusulas de juros, ou alguma outra cláusula que estabeleça alguma prestação ao mutuário, a título de contraprestação pelo exercício do direito de proprietário por algum tempo⁴⁶.

Assim é, pois, que dispõem as alíneas 1^a e 2^a do artigo 1.262 do Código em comento: *“É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo em dinheiro ou de outras coisas fungíveis”*; *“Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização”*. Nesses casos, portanto, fica estampada a onerosidade do mútuo, bem como uma liberdade para a fixação das taxas de juros que já não se coaduna com o direito atual, como se verá mais à frente.

1.1.2.2.4 Temporário

Por ser de sua essência a devolução, o mútuo se consubstancia em contrato eminentemente temporário, pois se, ao contrário, fosse perpétuo, confundir-se-ia com a doação, caso fosse gratuito, e com a compra e venda, caso fosse oneroso⁴⁷. Assim, o mútuo é temporário, uma vez que tem duração determinada. *“O prazo para a restituição pode ser fixado convencionalmente. Não havendo estipulação, varia conforme a quantidade da coisa emprestada.”*⁴⁸

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%FAtuo+loca%E7%E3o%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kjd2rpe>. Acesso: em 03 de out. de 2013.

⁴⁵ BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 138225/PR - Relator ministro NERIDA SILVEIRA - DJ DATA-27-11-97 P-62025: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28m%FAtuo+loca%E7%E3o%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kjd2rpe>. Acesso: em 03 de out. de 2013.

⁴⁶ MIRANDA, op. cit., T. XLII. p. 21.

⁴⁷ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 219.

⁴⁸ GOMES, op. cit., 2001, p. 320.

1.1.2.2.5 Translatício de domínio

A transferência da propriedade da coisa mutuada, consoante disposto no artigo 1.257⁴⁹ do Código Civil de 1916, configura-se em translatício de domínio, deixando-se claro, entretanto, que o mútuo não é contrato de alienação, pois o efeito translativo não é o seu principal fim, mas sim meio de sua efetivação, diferentemente daquilo que ocorre na doação ou na compra e venda⁵⁰.

É esclarecedora, nesse sentido, a observação de Bevilacqua:

“É da essência do mútuo a translação da propriedade da coisa mutuada, desde a tradição, que perfaz o contrato. Transferida a propriedade, é para o adquirente que ela se deteriora ou perde. *Res perit domino*. Os riscos anteriores à tradição correm por conta do proprietário que prometera emprestar, ainda que essa promessa recaia sobre corpo certo. É a tradição que opera a transferência da propriedade, e é somente depois de adquirir a coisa emprestada que o mutuário pode sofrer-lhe a perda.”⁵¹

1.1.2.3 Objeto do mútuo

A coisa fungível é o objeto do mútuo e o mais comumente utilizável é o dinheiro. E, na fungibilidade da coisa, segundo Bevilacqua, está o caráter diferenciador entre o mútuo e o comodato,

“sendo de notar que uma coisa naturalmente fungível poderá ser dada em comodato, desde que se restitua a mesma, na sua identidade, ao passo que uma coisa infungível não pode ser dada em mútuo. Dar coisa não fungível para receber outra é permuta”⁵².

⁴⁹ “Art. 1.257 – Êste empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela, desde a tradição.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 05 de out. de 2013.

⁵⁰ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 219.

⁵¹ BEVILACQUA, op. cit., 1955, p. 362.

⁵² BEVILACQUA, op. cit., 1955, p. 362.

A título de informação, a jurisprudência entendeu, já que à época se permitia a prisão do depositário infiel, que “o depósito de bens fungíveis e consumíveis equipara-se ao mútuo”, não se admitindo, portanto, a prisão do depositário de tais bens⁵³.

1.1.2.4 Partes

As partes no contrato de mútuo são bem delineadas e de fácil identificação. De um lado tem-se o “mutuante”, aquele que empresta o bem fungível objeto do mútuo, de outro, o “mutuário”, aquele que toma para si, emprestado, esse bem, consumindo-o e restituindo-o, depois de determinado tempo, por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade.

1.1.2.5 Requisitos objetivos

Dentre os requisitos estudados neste e no próximo tópico, aborda-se não mais que os específicos, deixando à margem os que são comuns aos contratos de maneira geral, ou mesmo os que são mais comuns aos negócios jurídicos como um todo.

Assim, pois, os requisitos objetivos são: primordialmente, o fato de que “qualquer coisa fungível, de que seja dono o mutuante, pode ser emprestada. O mais comum é o dinheiro”⁵⁴; além disso, a coisa a ser dada em mútuo precisa estar na esfera de disponibilidade, pertencer ao mutuante ou ainda ter o consentimento do proprietário para que possa ser cedida.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS 18749 / SP. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Data da Publicação DJ 25/11/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200101256197&dt_publicacao=25/11/2002. Acesso em: 23 de ago. de 2013.

⁵⁴ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 220.

1.1.2.6 Requisitos subjetivos

Já dentre os requisitos subjetivos, destaca-se a necessidade da capacidade processual das partes para contratar o mútuo. Deve existir aptidão do mutuante para dispor da coisa fungível. Por sua parte, o mutuário também deve apresentar esta capacidade para poder habilitar-se em futura obrigação. O Código Civil de 1916, a este propósito, dispõe em seu artigo 1.259 que “*O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores, ou abonadores (art. 1.502⁵⁵)*”.

Tal dispositivo, segundo Bevilaqua, mantém o preceito do *senatus-consulto* macedoniano, cujo direito precedente o recebera das leis romanas.

“As ordenações, como o direito romano, falavam de filhos-famílias, mas a doutrina ampliava a proibição tutelar a todos os menores, porque o fim da lei é impedir que os jovens inexperientes sejam arrastados para o vício, e explorados por usurários, que lhes facilitem empréstimos visando lucros excessivos.

Aliás não somente os empréstimos a menores, que não têm eficácia quando não autorizados por seus legítimos representantes. De quaisquer obrigações se deve dizer o mesmo (art. 154⁵⁶). No empréstimo porém, há um motivo ético especial, que justifica o rigor do dispositivo.”⁵⁷

Como se vê, trata-se de um preceito que visa proteger o mutuário inexperiente de uma possível exploração gananciosa; assim, tal técnica foi imaginada “para impedir manobras especuladoras, mediante a punição do prestador, que perderá a coisa mutuada se fizer o empréstimo proibido”. Tal cominação deixará de ser aplicada, entretanto, caso ocorra alguma das hipóteses do artigo 1.260 do Código Civil de

⁵⁵ “Art. 1.502 – O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as instintivas da obrigação que compitam ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do art. 1.259.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 05 de out. de 2013.

⁵⁶ “Art. 154 – As obrigações contraídas por menores, entre dezesseis e vinte e um anos, são anuláveis (arts. 6 e 84), quando resultem de atos por eles praticados: I. Sem autorização de seus legítimos representantes (art. 84). II. Sem assistência do curador, que neles houvesse de intervir.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 05 de out. de 2013.

⁵⁷ BEVILAQUA, op. cit., 1955, p. 363 e 364.

1916, ou seja, se houver ratificação ulterior por parte da pessoa “cuja autorização era necessária à sua validade, ou do próprio mutuário após a maioridade ou emancipação”; em caso de menor necessitar de alimento para prover o seu sustento, admite-se o “reembolso para o empréstimo tomado com esta finalidade, uma vez provada ela”; se o menor tiver patrimônio próprio, bens adquiridos no serviço militar, no exercício do magistério, ou de outra função pública; ou, por último, “se o menor, entre 16 e 21 anos, para obter o empréstimo, dolosamente ocultou a sua idade e, declarando-se maior” com o intuito de eximir-se da obrigação⁵⁸.

1.1.2.7 Requisitos formais

Não existem na lei civil ou na lei comercial regras específicas sobre a forma do contrato de mútuo. No entendimento de Miranda, “*se há garantia hipotecária, ou anticrética, a exigência da escritura pública concerne ao direito real de garantia, e não ao contrato de mútuo*”⁵⁹; ele adverte, ademais, que “*é preciso que se não confunda o mútuo, negócio jurídico bilateral, com os negócios jurídicos unilaterais dos títulos abstratos (e.g., títulos cambiários, títulos ao portador)*”⁶⁰.

1.1.2.8 Restituição

Dentre as obrigações do mutuário, como visto, está a restituição do que recebeu, consubstanciada em coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Pontes de Miranda afirma que:

⁵⁸ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 220.

⁵⁹ MIRANDA, op. cit., T. XLII, p. 51.

⁶⁰ Idem, ibidem, p. 51.

“O que se restitui não é o que se deu, e sim o correspondente ao que se deu. Não há, necessariamente, a volta do mesmo bem, como ocorre no comodato e na locação de coisas, posto que possa o mutuário (e é o caso de quem toma dinheiro emprestado somente para se precaver contra necessidade repentina) devolver o mesmo dinheiro, ou o mesmo bem fungível não pecuniário, que recebera.”⁶¹

O aumento ou a diminuição do preço não afeta esta obrigação, já que é a coisa em si que exprime a utilidade para o mutuante, e não o seu valor.

Caio Mário da Silva Pereira adverte para o fato de que

“Dentro do regime de curso forçado vigente no País, não se admite alteração da moeda na *solutio*, em caso de diminuição do valor aquisitivo, e é nula a convenção que o estipule. Ao mutuário de uma soma, expressa em valor corrente ou legal, caberá restituir o seu equivalente aritmético, ainda que tenha havido depreciação no seu valor real.”⁶²

Tanto assim, que não se admitirá como válida qualquer cláusula monetária que importe no impedimento ou no embargo, “*nos seus efeitos, [d]o curso forçado da moeda em circulação, pelo valor legal*”⁶³.

Contudo, se o mútuo for efetuado em moedas de ouro ou de prata, será possível a restituição nas mesmas espécies, sem importar uma provável oscilação do valor, conforme dispõe o artigo 1.258⁶⁴ do Código Civil.

1.1.2.9 Vencimento antecipado

Ocorrendo ao mutuário alguma alteração significativa de seu capital, capaz de colocá-lo em risco, o mutuante terá a faculdade de exigir garantia de restituição,

⁶¹ MIRANDA, op. cit., T. XLII. p. 19.

⁶² PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 220.

⁶³ Idem, ibidem, p. 220 e 221.

⁶⁴ “Art. 1.258 - No mútuo em moedas de ouro ou prata pode convencionar-se que o pagamento se efetue nas mesmas espécies e quantidades, qualquer que seja, posteriormente, a oscilação dos seus valores.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071imprensa.htm. Acesso em: 05 de out. de 2013.

como determina o artigo 1.261 do Código Civil. Tal regra, segundo o próprio Beviláqua, “*nada mais é do que uma aplicação do preceito geral contido no art. 1.092, 2ª alínea*⁶⁵, que domina todos os contratos bilaterais”⁶⁶.

No entender de Pontes de Miranda, minucioso nesse aspecto,

“Com a decretação de abertura da falência do mutuário, ou da decretação de abertura da liquidação coativa, ou do concurso civil de credores (Código Civil, art. 954, I; Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 25; Código Comercial, art. 136), há vencimento antecipado da dívida de mútuo. Se o pagamento em virtude do mútuo for garantido por hipoteca, penhor, ou anticrese, e recai nos bens gravados penhora pedida por outro credor, há o vencimento antecipado (Código Civil, art. 954, II). Outrossim, se a fiança ou bens, com que se garantiu o adimplemento da dívida do mutuário, se tornaram insuficientes e o mutuário, intimado a reforçar a garantia, não o fez (Código Civil, art. 954, III). Se o bem dado em garantia se deteriora ou se deprecia, desfalcando-a, e o mutuário não a reforça, vence-se a dívida irradiada do contrato de mútuo (Código Civil, art. 762, I). Se no mútuo se estabelecer restituição por prestações e uma delas não é feita pontualmente, também se vence a dívida (Código Civil, art. 762, III). Idem, se perece o bem dado em garantia (Código Civil, art. 762, IV), ou se se desapropria o bem dado em garantia, caso em que há de ser depositada a parte do preço que for necessária ao pagamento integral do mutuante (Código Civil, art. 762, V).”⁶⁷

1.1.2.10 Prazo

O momento para que ocorra a restituição obedece a certas prerrogativas. Em primeiro lugar, as partes são livres para aprazar como melhor lhes convier; entretanto, tendo em conta a possibilidade de acontecimentos imprevistos e graves

⁶⁵ “Art. 1.092 - Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfazê-la. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm. Acesso em: 05 de out. de 2013.

⁶⁶ BEVILAQUA, op. cit., 1955, p. 363 e 364.

⁶⁷ MIRANDA, op. cit., T. XLII. p. 56 e 57.

que afetem a economia de uma determinada atividade, como, por exemplo, lavoura ou pecuária, ou o impacto decorrente de crises sociais ou políticas, quando pode ocorrer a decretação da moratória, nesse caso, ocorrerá a prorrogação do vencimento das obrigações. Quando isso ocorre, *“o mutuário tem a faculdade de usar o prazo de favor, que, pelo seu caráter de ordem pública, prefere às convenções das partes”*⁶⁸

Geralmente o prazo que se estipulou para a restituição vigora em termos iguais para ambas as partes.

“O mutuante não pode reclamar antes do termo, salvo nas hipóteses legais de vencimento antecipado da obrigação, ainda que o empréstimo seja gratuito, porque o mutuário não é obrigado a ter as coisas à sua disposição, por serem consumíveis. Não pode o mutuário, a seu turno, compelir o mutuante a receber as coisas, objeto do mútuo, antes do dia aprezado.”⁶⁹

Em segundo lugar, e já adentrando as disposições do artigo 1.264, em se tratando de produtos agrícolas, tanto para o consumo como para a sementeira, a restituição presumir-se-á para a colheita seguinte, sem levar em conta a natureza do objeto ou a finalidade do mútuo.

Terceiro, se se tratar de dinheiro – mútuo pecuniário –, o prazo do mútuo será de trinta dias, salvo ajuste em contrário, consoante disposição do preceito n. II do artigo 1.264 do Código Civil de 1916.

Beviláqua observa que as regras consignadas nos dois primeiros números do artigo 1.264 são aceitáveis, pois *“o empréstimo seria inútil, se pudesse ser exigido imediatamente”*⁷⁰.

Por fim, sendo qualquer outro bem fungível, o mutuante deverá declarar o prazo para a restituição. Pereira, nesse ponto, adverte para o fato de que, *“como o arbítrio ao mutuante pode converter o mútuo em precário, considera-se que a regra significa*

⁶⁸ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 221.

⁶⁹ Idem, ibidem, p. 221.

⁷⁰ BEVILAQUA, op. cit., 1955, p. 369.

*que, a todo tempo, tem a faculdade de intimar o devedor, fixando-lhe um prazo dentro do qual seja razoável o pagamento.*⁷¹

1.1.2.11 Usura

A usura, entendida como a cobrança abusiva de remuneração pelo uso do capital, “sob todas as suas formas, está proibida”⁷², pois leva o devedor a cobrança de juros excessivamente altos.

“Abusos de usurários e preconceitos religiosos levaram, muitas vezes, os legisladores a limitar a taxa de juros, e a opinião a condenar a liberdade dos contratos feneratícios. A própria expressão usura e os seus derivados assumiram uma significação deprimente. Mas a ciência econômica, apreciando melhor a função do crédito, e a natureza dos juros, reprova toda a intervenção da lei para a regulamentação da taxa dos juros convencionais.”⁷³

Clóvis Beviláqua observa, ainda, que, por força do disposto no artigo 1.262 do Código Civil de 1916, os juros, por serem frutos do capital empregado, representam a remuneração pelo uso do capital mutuado, pois paga-se pelo tempo e pelo risco de reembolso. De tal sorte que, quanto maior a procura de capital e menor a segurança de reembolso, mais elevados serão os juros; *“e são mais baixos, onde é menor a procura de capitais, e há maior segurança no seu emprego, quer a segurança provenha da ordem jurídica, de condições econômicas particulares, ou da própria operação realizada”*⁷⁴.

O mútuo, segundo Orlando Gomes,

“é um dos contratos mais propícios a essa prática, hoje punível. Até certo tempo vigorou o princípio da liberdade de estipulação de juros. Os abusos cometidos inspiraram a política legislativa de repressão à usura, através de medidas, dentre as quais se salienta a limitação da

⁷¹ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 222.

⁷² GOMES, op. cit., 2001, p. 321.

⁷³ BEVILAQUA, op. cit., 1955, p. 366.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 366.

taxa de juros convencionais e a proibição do anatocismo ou capitalização de juros”⁷⁵.

Assim, seguindo uma trilha de preceitos normativos sucessivos, os juros foram sendo limitados. O decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, estabelecia que as taxas de juros, em quaisquer contratos, não poderia ser superior ao dobro da taxa legal, e fixava, à época, conforme disposição do artigo 1º, em 10% ao ano, quando se tratasse de garantia com hipoteca de prédio urbano, e em 8% se a garantia fosse hipoteca rural ou penhor agrícola. O decreto-lei nº 182, de 5 de janeiro de 1938, acrescentou que os juros seriam de 6% caso as obrigações fossem contraídas para financiamento de trabalhos agrícolas ou para compra de maquinismos destinados à agricultura.

No que tange ao mútuo feneratício, a taxa seria de 6% ao ano, mesmo que as partes, ao convencionarem os juros, não tenham determinado a taxa; nesse caso, entende-se que aceitaram a taxa legal, consoante o estabelecido pelos artigos 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916⁷⁶. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial nº 213806 do Rio Grande do Sul, nesse sentido, afirma que: *“Conforme dispõe o art. 1.062 do Código Civil, a taxa dos juros legais moratórios, quando não convencionada, é fixada em 6% (seis por cento) ao ano”*⁷⁷.

A capitalização de juros também não é permitida. Os juros não podem ser somados ao capital visando à produção de juros sobre juros. Proíbe-se, com isso, o anatocismo.

Outro fator a ser considerado nesse contexto que envolve os juros é o de que

⁷⁵ GOMES, op. cit., 2001, p. 321.

⁷⁶ “Art. 1.063 - A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.”; “Art. 1.063 - Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 12 de out. de 2013.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 213806 / RS, Relator ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 06/12/1999 p. 98. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199900412559&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 12 de out. de 2013.

“Os juros moratórios⁷⁸ não se confundem com os juros retributivos. Destinam-se a indenizar os danos causados ao credor pela mora do devedor. Constituem-se os juros compensativos a retribuição do capital mutuado. Embora a lei estabeleça a taxa de juros moratórios, não constitui usura a cobrança em taxa superior, até o limite máximo dos juros convencionais, se expressamente estipulada no contrato. O preceito legal vigora supletivamente, do mesmo modo que em relação aos juros retributivos. Se estes não forem convencionados, presume a lei que a taxa admitida pelas partes foi igual à estabelecida para os juros moratórios.”⁷⁹

A jurisprudência de então tinha entendimento de que “os juros devem ser fixados em 1% ao mês, a teor do art. 1.262, do CC e nos termos da avença”⁸⁰.

1.2 O MÚTUO CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

1.2.1 Princípios informadores do mútuo civil sob a ótica do Código Civil de 2002

O contrato de mútuo, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, continua com a maioria das características que lhe atribuía o Código Civil de 1916; os princípios clássicos que davam esteio aos contratos em geral (autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos e da relatividade dos contratos), e que se aplicavam

⁷⁸ “Os juros moratórios, limitados, em se tratando de crédito rural, a 1% ao ano distinguem-se dos juros remuneratórios. Aqueles são formas de sanção pelo não pagamento no termo devido. Estes, por seu turno, como fator de mera remuneração do capital mutuado, mostram-se invariáveis em função de eventual inadimplência por impontualidade. Cláusula que disponha em sentido contrário, prevendo referida variação, é cláusula que visa a burlar a disciplina legal, fazendo incidir, sob as vestes de juros remuneratórios, autênticos juros moratórios em níveis superiores aos permitidos.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no Ag 151689 / RS, Relator ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 01/03/1999 p. 327. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=juros+m%FAtuo+cc+1916&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=81>>. Acesso em: 12 de out. de 2013.

⁷⁹ GOMES, op. cit., 2001, p. 321.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 6251/ MG, Relator ministro Waldemar Zveiter, DJ DJ 18/02/1991 p. 1038. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=juros+m%FAtuo+cc+1916&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=95>>. Acesso em: 12 de out. de 2013.

ao mútuo, continuam em evidência, todavia, novos princípios vieram agregar-se àqueles – mitigando-os⁸¹, flexibilizando-os ou limitando-os –, porém, já cogitados antes mesmo da entrada em vigor do novo Código. Assim, têm-se os princípios da transparência, da eticidade, da lealdade, da boa-fé objetiva – pelo menos em sede doutrinária e jurisprudencial⁸² – e da função social do contrato⁸³.

⁸¹ “[...] 6. Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. 7. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Dessa sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio. [...]” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 838.127/DF, Relator ministro Luiz Fux, DJe DJe 30/3/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200600771664&data=30/3/2009>. Acesso em: 23 de ago. de 2013.

⁸² MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. *Negócio Jurídico: vícios sociais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15. Adverte-se, ademais, para o fato de que o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, já trazia em seu bojo uma série de novos valores, agregados às obrigações e aos contratos, que foram observados, também, pelo Código Civil de 2002. Algumas ementas, a seguir citadas, confirmam a menção aos citados princípios antes da entrada em vigor do novo Código Civil: “CONTRATO. CONCESSÃO. REVENDA DE VEÍCULO. CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA. Trata-se de ação ordinária, objetivando a resolução de contrato de concessão comercial para revenda de automóveis e prestação de assistência técnica, cumulada com perdas e danos, com fundamento em infrações contratuais e inadimplemento, quais sejam: anuncia veículos sem tê-los, por preço muito abaixo das outras concessionárias da marca; vende, mas não entrega, oferecendo em substituição veículos de outra marca. No caso, o aperfeiçoamento da condição resolutiva não depende de notificação, vez que não se refere a uma prestação de natureza econômica ou uma infração leve que possa ser relevada. É infração grave que atinge a essência do contrato, assentada nos princípios da **confiança**, **lealdade** e da **boa-fé**, com aplicação analógica do art. 961 do Código Civil para eficácia da mora e operação da condição resolutória. REsp 101.467-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 5/8/1999.”; “DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL VERSUS CLÁUSULAS DE REAJUSTE PELOS ÍNDICES APLICADOS À POUPANÇA LIVRE. 1- “Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro Da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) o da **transparência**, segundo o qual a informação clara e correta e a **lealdade** sobre as cláusulas contratuais ajustadas, devem imperar na formação do negócio jurídico; b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas também pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte; d) o de que os princípios da **boa-fé** e da **equidade** devem prevalecer na formação do contrato. 2 - Há de ser considerada sem eficácia e efetividade contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial. 3 - Recurso provido. (STJ – Primeira Turma – REsp 85521 / PR –Relator ministro José Delgado – Publicação DJ 03/06/1996 p. 19219)””; “CORREÇÃO MONETÁRIA. MÚTUO RURAL. INCIDÊNCIA. EVOLUÇÃO DOS FATOS ECONÔMICOS E CONSTRUÇÃO PRETORIANA. REGRA MORAL. INVOCAÇÃO DE OFENSA À LEI 4829/65, AO D. L. 167/67 E AO ART. 145 - II, CCB. DISSÍDIO NOTÓRIO. RECURSO DESPROVIDO. I- mesmo que se admita que a intenção inicial do legislador tenha sido a de excluir a correção monetária dos mútuos rurais, a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a sua não-incidência, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa, recordada ainda a lição de que regra moral está acima das leis positivas. II- **construção pretoriana e**

Analisar-se-ão, na sequência, dois deles, minudentemente – sem descartar abertamente os outros –, e cada um a seu modo, para verificar as características que se sobressaem para o presente estudo. Uns, por estarem mais voltados para fins sociais e políticos, induzem o legislador à produção de normas gerais e específicas que acabam por influenciar na formação dos contratos, ao mesmo tempo em que contrabalanceiam ou atenuam, e, se bem que mais difícil, elimina a influência do aspecto econômico na formação do contrato, mesmo porque, um desses princípios, o da função social do contrato:

“... determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico”⁸⁴.

Sendo assim, o perscrutar do princípio da função social e da boa-fé objetiva fornecerá elementos importantes para o enfrentamento das peculiaridades que o tema da presente dissertação oferece.

doutrinária, antecipando-se ao legislador, adotando a correção como imperativo econômico, jurídico e **ético** indispensável à justa composição dos danos e ao fiel adimplemento das obrigações, dispensou a prévia autorização legal para a sua aplicação. III- conhece-se do recurso especial sob a alínea ‘c’ do art. 105-III da Constituição, mesmo quando a parte não faz a demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, se notório o dissídio na matéria, dado o escopo do recurso em assegurar a unidade do direito federal. (STJ – Quarta Turma – Relator ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – Publicação DJ 11/06/1990 p. 5361.” (grifos nossos).

⁸³ LISBOA, Roberto Senise. *Princípios gerais dos contratos*. In: *Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites*. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. III. p. 871 e segs. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56 e segs. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. In: *Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites*. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. III. p. 829 e segs.

⁸⁴ As lições dos manuais corroboram essa assertiva, pois Silvio de Salvo Venosa afirma que há “uma nova ordem jurídica contratual, que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis. O fenômeno do interesse social na vontade privada negocial não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, com o chamado dirigismo contratual, mas da própria modificação de conceitos históricos em torno da propriedade. No mundo contemporâneo há infindáveis interesses interpessoais que devem ser sopesados, algo nunca imaginado em passado recente...”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Ed 11. São Paulo: Atlas, 2011. V. II. p. 389.

1.2.1.1 Princípio da Função Social

A função social do contrato constitui-se, hoje, em princípio a ser observado na formação dos contratos, inclusive nos contratos de mútuo, ou seja, o contrato tem uma função social, consubstanciada nesse princípio e, como tal, consoante afirmação de Judith Martins-Costa, deve ser entendido “... como expressão da *‘diretriz da socialidade’*, indica um rumo a seguir, oposto ao do *individualismo predatório [...]*”^{85 86}.

Tal assertiva coaduna-se com a vertente contratual hodiernamente preponderante, a pública, em detrimento da vertente individual, concernente aos próprios contratantes, que se utilizam do contrato para satisfazer seus interesses individualmente considerados.

Walter Brasil Mujalli, a esse respeito, assinala que

“o contrato, como qualquer instituto jurídico de direito privado, tem a sua função em vista do social. Ao contrário do que ocorrera antigamente, onde predominava o individualismo, é hoje o contrato parte integrante das relações jurídico-econômicas-sociais”⁸⁷.

O atual Código Civil objetivou apartar-se das concepções individualistas que orientaram o código anterior para se compatibilizar com a onda de socialização do direito contemporâneo, ou seja, há, agora, uma prevalência dos valores coletivos sobre os individuais⁸⁸.

Em outras palavras e em sentido mais técnico, afirma-se que:

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. V. 1 N. 1 | P. 041 - 066 | MAIO 2005. Disponível em: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_01_p041_066.pdf. Acesso em: 16 ago. 2013.

⁸⁶ Nesse sentido, a doutrina dos manuais. Silvio de Salvo Venosa considera a função social do contrato um desdobramento do Princípio da boa-fé nos contratos, destacando, outrossim, que “... a função social do contrato que norteia a liberdade de contratar, segundo o art. 421, está a indicar uma norma aberta ou genérica, a ser preenchida pelo julgador no caso concreto. VENOSA, op. cit., 2011. V. II. p. 388.

⁸⁷ MUJALLI, Walter Brasil. *Teoria Geral dos Contratos: doutrina, legislação, jurisprudência, prática*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 52 e 53.

⁸⁸ GONÇALVES, op. cit., 2008. V. III. p. 4.

“A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (*terceiros*) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (*contratantes*). [...] Nessa ótica, sem serem partes do contrato, terceiros têm de respeitar seus efeitos no meio social, porque tal modalidade de negócio jurídico tem relevante papel na ordem econômica indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade.”⁸⁹

Por literal disposição legal – art. 421⁹⁰ do Código Civil –, tal princípio é tido também por cláusula geral⁹¹, além de trazer uma regra que impõe limitação; limitação esta que pode ser interna ou externa⁹², segundo a doutrina mais abalizada.

Não se esqueça que:

“A concepção social do contrato apresenta-se modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da ‘função social da propriedade’ previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contratantes.”⁹³

Vale lembrar que o princípio da função social já era cogitado antes mesmo da entrada em vigor do novo Código Civil, pois, segundo Carolina Xavier da Silveira Moreira, a liberdade contratual encontrava respaldo no

“... artigo 1º, inciso IV, do artigo 170, *caput*, e do artigo 5º, inciso II, da Magna Carta. Seus limites, quais sejam, dignidade da pessoa humana e solidariedade, estão previstos pelos artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso I, repetidos no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal. Portanto, independentemente de previsão infraconstitucional nesse sentido, já se poderia falar das normas contidas na Constituição Federal. A conjugação dos princípios da livre-iniciativa com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade já seria suficiente

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31 e 32.

⁹⁰ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. BRASIL. *PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 de ago. de 2013.

⁹¹ GONÇALVES, op. cit., 2008. V. III. p. 7.

⁹² Sobre o tema, vide MARTINS-COSTA, op. cit., p. 49.

⁹³ GONÇALVES, op. cit., 2008. V. III. p. 7.

para se extrair que a liberdade contratual poderia ser exercida observando-se sempre a função social que lhe cabia⁹⁴.

1.2.1.2 Princípio da boa-fé objetiva

O tema da boa-fé “*anuncia-se complexo*”⁹⁵. Essa observação, feita por Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, encontra justificativa pelo fato de a boa-fé não operar como um conceito comum, pois anuncia-se como uma criação do Direito com influências de diversas culturas, de diferentes épocas e, como tal, deve ser dimensionada e explicada em termos históricos, razão pela qual seu conceito encontra-se em progressão, até hoje⁹⁶.

Apesar de não fornecer um conceito estagnado, Cordeiro afirma que “*a cientificidade da boa-fé, tratando-se da Ciência do Direito, corresponde à possibilidade efectiva de, com ela, resolver questões concretas*”⁹⁷, razão pela qual está positivada em diversos códigos, inclusive no Código Civil brasileiro. Essa inclusão no código já era há muito reclamada. Teresa Negreiros, por exemplo, afirma, em obra datada de 1998, que a inserção da boa-fé no novo Código Civil serviria “como parâmetro de interpretação da vontade”⁹⁸, sendo inadiável.

A par disso, e visando um maior dinamismo à abordagem do tópico em apreço, opta-se por fazer, aqui, uso da doutrina pátria, tendo em vista a realidade histórica e fática que compõe o conceito do princípio da boa-fé, consoante palavras de Cordeiro. Desse modo, tem-se, inicialmente, que o princípio da boa-fé “*assegura o*

⁹⁴ MOREIRA, Carolina Xavier da Silveira. *Função social do contrato: um limite imposto à liberdade contratual*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2005. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1403. Acesso em: 19 de ago. de 2013. p. 103.

⁹⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 17.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 18.

⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 18.

⁹⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 72.

*acolhimento do que é lícito e a repulsa do que é ilícito*⁹⁹; repelem-se, assim, os contratos ilícitos¹⁰⁰, mesmo porque:

“A contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos. Sim, porque a aplicação do princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito.”¹⁰¹

Para Samantha Santos Conde, “*A noção de boa-fé objetiva contrapõe-se à de má-fé, que genericamente pode ser percebida como um escopo de prejudicar alguém*”¹⁰² e, ao contrário do que supõe a boa-fé subjetiva,:

“... detectada pelo comportamento psicológico do indivíduo, é o estado de consciência ou convencimento individual de operar em conformidade com o Direito. A boa-fé objetiva, que é exterior a ele, e relaciona-se com a conduta que o indivíduo teria numa determinada situação, um modelo de conduta social, atuando como deveria um ser humano correto: com honestidade, lealdade e probidade. Dessa forma, não se deve confundir a ideia de boa-fé com o princípio geral da boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva como regra de conduta, como a honestidade, de forma que não frustre a confiança da outra parte.”¹⁰³

Com base nisso, não se admite mais, hodiernamente, a interpretação literal das disposições contratuais, naquilo que os romanos chamavam de direito estrito. A interpretação do contrato decorre, hoje, muito mais da aplicação do princípio da boa-fé objetiva do que da interpretação a ser dada à estrutura do contrato¹⁰⁴. Por este princípio,

“... se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ademais, subentende-se, no conteúdo do contrato, proposições que

⁹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. Ed. 2. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28.

¹⁰⁰ “Sob a denominação de *contratos ilícitos* compreendem-se os estipulados como violação das leis imperativas ou atentatórios da ordem pública e dos bons costumes.” GOMES, op. cit., 2001. p.154.

¹⁰¹ AZEVEDO, op. cit., p. 28.

¹⁰² CONDE, Samantha Santos. *Das cláusulas abusivas nos contratos de consumo – a cláusula geral da boa-fé*. In: *Novos rumos do direito contratual: estudos sobre princípios de direito contratual e suas repercussões práticas*. Coordenadora: Renata Domingues Balbino Munhoz Soares. São Paulo: LTr, 2009. p. 119.

¹⁰³ Idem, *ibidem*, p. 119.

¹⁰⁴ GOMES, op. cit., 2001. p. 36.

decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade.”¹⁰⁵

Ressalte-se, também, que pelo princípio da boa-fé objetiva se faz exigível, das partes, um comportamento correto não só durante as tratativas preambulares, como também durante a formação e cumprimento do contrato. Aliás, “a boa-fé, no sentido de lealdade e confiança recíprocas, é princípio básico e inafastável da teoria dos contratos, que norteia o comportamento ideal das partes que pretendem contratar”¹⁰⁶.

Como dito acima, tal princípio é adotado, expressamente, pelo Código Civil de 2002, ao passo que no Código de 1916 não havia um tratamento objetivo a respeito¹⁰⁷. muito embora a boa-fé fosse tratada como princípio geral de direito e a doutrina a admitisse como regra de conduta¹⁰⁸.

Jones Figueirêdo Alves afirma que “o princípio da boa-fé não apenas reflete uma regra de conduta. Consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do novo Código Civil. É, em verdade, o preceito paradigma na estrutura do negócio jurídico”¹⁰⁹. Em outras palavras,

“... pode ser considerado como um elemento a mais na interpretação dos negócios jurídicos. Havendo divergência sobre o conteúdo das cláusulas contratuais, e havendo necessidade de recorrer-se à interpretação como solução da divergência, a interpretação segundo a boa-fé objetiva terá um papel importante”¹¹⁰.

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 42.

¹⁰⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *A boa-fé nas negociações preliminares*. In: *Contratos: formação e regime*. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 4. p. 146.

¹⁰⁷ ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 533. PIZARRO, Sebastião Nóbrega; CALIXTO, Margarida Mendes. *Contratos Financeiros: leasing, agência, franchising, factoring, permuta, mútuo*. Ed. 2. Coimbra: Almedina, 1995. p. 376.

¹⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. Ed. 6. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 504.

¹⁰⁹ Idem, ibidem, p. 376.

¹¹⁰ BALBINO, Renata. *O princípio da boa-fé objetiva no Novo Código Civil*. In: *Doutrinas Essenciais - Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites*. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 3. p. 861.

Essa função interpretativa da boa-fé é abstraída da leitura dos artigos 113¹¹¹ e 422¹¹² do Código Civil. A bem da verdade, a dicção do artigo 422 traz em si não apenas um princípio, mas também uma regra.

“A regra da boa-fé, [...], é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais. O novo sistema civil implantado no país fornece ao juiz um novo instrumental, diferente do que existia no ordenamento revogado, que privilegiava os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, seguindo uma diretriz individualista. A reformulação operada com base nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade deu nova feição aos princípios fundamentais dos contratos, como se extrai dos novos institutos nele incorporados, *verbi gratia*: o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva, a função social dos contratos como preceito de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único) e, especialmente, a boa-fé e a probidade. De tal sorte que se pode hoje dizer, sinteticamente, que as cláusulas gerais que o juiz deve rigorosamente aplicar no julgamento das relações obrigacionais são a boa-fé objetiva, o fim social do contrato e a ordem pública.”¹¹³

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a respeito da controvérsia sobre as diferentes concepções dadas ao sentido da boa-fé objetiva – se princípio geral, se conceito indeterminado ou cláusula geral¹¹⁴, assinalam que:

“... o que discrimina a expressão boa-fé, como princípio geral, conceito indeterminado ou cláusula geral, é a função que ela possui no contexto do sistema, positivo ou não, da qual decorre a aplicabilidade que se lhe dará o julgador (interpretação, solução) já

¹¹¹ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” BRASIL. *PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 de ago. de 2013.

¹¹² “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” BRASIL. *PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 de ago. de 2013.

¹¹³ GONÇALVES, op. cit., 2008. V. III. p. 32 e 33.

¹¹⁴ Segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, as cláusulas gerais “são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir [...]. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato [...], cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza diretriz [...]. Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução.” NERY JUNIOR e NERY, op. cit., p. 190.

prevista na lei ou construção de solução específica pelo próprio juiz)”¹¹⁵.

A doutrina, demais, faz a distinção entre duas espécies de boa-fé, a boa-fé objetiva, também denominada de concepção ética da boa-fé, e boa-fé subjetiva, também chamada de concepção psicológica da boa-fé¹¹⁶.

Nos dizeres de Silvio Rodrigues:

“Uma maneira objetiva, que se poderia chamar de boa-fé lealdade, e outra subjetiva, que se poderia chamar de boa-fé crença. No primeiro caso se cogita daquele dever de lealdade genericamente imposto aos homens; no segundo, na boa-fé crença, da persuasão, ou seja, do convencimento que está agindo de maneira correta.”¹¹⁷

A disposição principiológica retrotranscrita demonstra que as concepções clássicas do contrato já não impõem o paradigma liberal individualista que impregnava o Código Civil de 1916, mesmo porque hoje os contratos são vistos sob uma nova ordem econômica e social que prevê contratos voltados para uma conjectura diferenciada, com contornos abarcando preceitos de ordem constitucional que servirão como indicativo para a reflexão relacional, mais à frente enfrentada.

1.2.2 Contrato de Mútuo na visão do Código Civil de 2002

Muito embora a mudança de postura principiológica que envolve os contratos, dentre eles o mútuo, tenha sido considerável, o Código Civil de 2002 manteve praticamente as mesmas regras do Código Civil de 1916, razão pela qual não se fará uma análise tão criteriosa quanto a que foi feita no tópico 1.1, mas somente a abordagem do que foi suprimido e do que foi acrescentado, bem como uma referência ao controle de juros, por ser um assunto em permanente conflito no meio jurídico.

¹¹⁵ NERY JUNIOR e NERY, op. cit., p. 192.

¹¹⁶ NERY JUNIOR e NERY, op. cit., p. 504.

¹¹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. Ed. 30. Atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. V. 3. p. 62.

O Código de 2002 repete, em seu artigo 586¹¹⁸, o mesmo conceito que o artigo 1.256 do Código Civil de 1916 dava ao contrato de mútuo civil. Nos dizeres de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino,

“Houve apenas a supressão das normas do arts. 1.258 (mútuo em moedas de ouro e prata) e 1.263 (pagamento de juros não pactuados pelo mutuário). A primeira regra perdeu a sua atualidade, enquanto a supressão da segunda derivou da sua parcial incompatibilidade com o disposto no art. 251 do Código Comercial, também revogado.”¹¹⁹

Existe, entretanto, uma diferenciação fundamental no mútuo do Código Civil de 2002 em relação ao Código Civil de 1916, qual seja a incorporação das disposições do mútuo mercantil, uma vez que esta era feita, anteriormente, *“pelo art. 247 do Código Comercial de 1850, que foi revogado pelo art. 2.045 do Código Civil de 2002, juntamente com toda a Parte Primeira do Código Comercial relativa ao ‘Comércio em geral’ (arts. 1º a 456)”*¹²⁰.

Sanseverino adverte para o fato de que esta modificação é muito sensível, pois a regra que vem impressa no artigo 591 do Código Civil de 2002, *“ao regular o mútuo destinado a fins econômicos, presume que seja oneroso (sujeito a juros), contrariamente ao disposto no art. 1.262 do Código Civil de 1916, que estabeleceria a gratuidade no mútuo civil”*¹²¹. Tal preceito estabelece o mútuo feneratício, que se caracteriza por ser *“o empréstimo feito ao mutuário, que tem como prestação a devolução da quantia emprestada, acrescida dos juros legais ou convencionados”*¹²².

“Além disso, o contrato de mútuo serve como matriz para dezenas de outros contratos comerciais, que, em função da ampliação dos mecanismos de crédito na sociedade contemporânea, apresentam notável importância no comércio jurídico. Incluem-se os contratos

¹¹⁸ “Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.” BRASIL. *PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 de ago. de 2013.

¹¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo (comodato – mútuo)*. Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 301.

¹²⁰ Idem, *ibidem*, p. 301.

¹²¹ Idem, *ibidem*, p. 301.

¹²² NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, op. cit., p. 594.

bancários em geral, os de abertura de crédito, os de financiamento etc.”¹²³

O legislador do novo Código Civil, infelizmente, não prestou atenção à nova realidade e manteve, em linhas gerais, a acanhada regulamentação do contrato de mútuo do Código Civil de 1916, dando oportunidade ao surgimento de dúvidas relevantes que, espera-se, sejam solucionadas pela doutrina e pela jurisprudência, como, por exemplo, as que serão levadas à reflexão nos capítulos seguintes.

1.2.2.1 O controle dos juros

Conforme abordado no tópico que tratou da usura, existem, historicamente, grandes controvérsias que circundam o controle ou não das taxas de juros convencionais e, no Brasil, a discussão tornou-se mais acirrada nos últimos tempos, em razão “*da circunstância de os contratos financeiros em geral constituírem modalidades de mútuo oneroso, em que a incidência dos juros tem sido estabelecida em taxas bastante elevadas*”¹²⁴.

Atualmente vigora, em termos gerais, para o mútuo civil, o que o Superior Tribunal de Justiça, na I Jornada sobre o Código Civil de 2002, fixou no enunciado nº 20:

“20 - Art. 406: A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano.”¹²⁵

¹²³ SANSEVERINO, op. cit., p. 301.

¹²⁴ SANSEVERINO, op. cit., p. 312.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>. Acesso em: 12 de out. de 2013. p. 19.

Assim, consoante esse entendimento, a limitação dos juros deve obedecer à taxa de 1% ao mês, ou seja, 12% ao ano. Entretanto, por meio de uma interpretação sistemática, seria possível, tendo em conta os dispositivos da Lei de Usura, considerar legal o dobro desta taxa, ou seja, 2% ao mês ou 24% ao ano, e o que passasse disso caracterizaria a usura, mesmo porque

“continua lícita a estipulação de juros no contrato de mútuo, mas, entre nós, a taxa dos juros convencionais não pode ser superior ao dobro da taxa dos juros legais. Nula será qualquer convenção em contrário, mas a nulidade fulmina apenas a cláusula, que é substituída pela disposição legal. O contrato permanece válido, com essa modificação. O excesso cobrado deverá ser restituído”¹²⁶.

Não obstante respeitados esses argumentos e, também, tendo em vista a falta de segurança desta taxa, uma vez que não existe previsão expressa para tanto, acredita-se que talvez quem apresente uma solução mais plausível sejam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem

“A LU 1º veda a estipulação de juros superiores ao dobro da taxa legal. A taxa legal é 1º ao mês [...], isto é, de 12% ao ano. A aplicação da LU 1º, o que equivaleria a 24% ao ano ofenderia o CC 406 c/c CTN 161 § 1º, que delimitam o teto dos juros em 12% ao ano.”¹²⁷

¹²⁶ GOMES, op. cit., p. 321.

¹²⁷ NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, op. cit., p. 594.

2. O MÚTUO BANCÁRIO

Hodiernamente e cada vez mais, vem se ampliando a participação do setor financeiro na vida e na economia das nações. Sua influência é sentida no dia a dia das empresas e dos cidadãos.

“Como consequência natural deste fenômeno, eleva-se o interesse a respeito do funcionamento das instituições financeiras e dos instrumentos de que esta se utiliza em seus negócios. Este interesse abrange, por óbvio, aspectos jurídicos vinculados às operações bancárias. Até porque, na medida em que estas operações tornam-se triviais, há uma natural tendência à geração de novos conflitos de interesses, em cuja resolução a ciência jurídica far-se-á, obrigatoriamente, presente. Decerto, o chamado empréstimo bancário é um dos principais instrumentos utilizados pelo setor financeiro. É de apontar que esta relação contratual é, provavelmente, aquela que provoca o maior número de atritos e celeumas.”¹²⁸

A par disso, procurar-se-á, nas próximas linhas, analisar os principais aspectos doutrinários, jurídicos e jurisprudenciais que envolvem o tema que dá título ao presente capítulo.

2.1 PRINCÍPIOS APLICADOS AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Além dos princípios basilares que norteiam os contratos da seara cível – autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos e da relatividade dos contratos, bem como o da função social do contrato e da boa-fé objetiva¹²⁹ –, outros princípios têm proeminência nos contratos consumeristas e, conseqüentemente, nos contratos de mútuo bancário. Todos eles, por derivarem da interpretação do Código de Defesa do

¹²⁸ PAULIN, Luiz Alfredo. *Contrato de mútuo (empréstimo) bancário*. In: *Contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia*. Organizadores: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 5. p. 1.130 e 1.131.

¹²⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Ed. 5. Rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 668 e 669.

Consumidor, explícitos ou não, relativizam¹³⁰ e limitam o campo de atuação dos princípios tradicionais, já que, por força do disposto no artigo 1º, “*é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiologicamente, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem*”¹³¹.

Como se não bastasse essa característica, os contratos consumeristas, oriundos do dirigismo contratual, trazem em seu bojo uma tutela especial “*à parte mais fraca da relação de consumo*”¹³², a qual se torna perceptível ao se fazer a análise dos demais princípios que orientam os contratos regidos pela Lei nº 8.078/90, estabelecidos no em diversos capítulos e seções de seu texto e que incidem diretamente nos contratos de mútuo bancário.

Embora Claudia Lima Marques entenda que são dois os princípios básicos de proteção ao consumidor, no que tange à formação do contrato de consumo, o princípio da transparência e o princípio da boa-fé ou lealdade – pois que oriundos da nova configuração do ordenamento jurídico brasileiro e estampados no Código de

¹³⁰ AGRADO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. CONTRATO BANCÁRIO. REVISIONAL. *PACTA SUNT SERVANDA*. RELATIVIZAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ACÓRDÃO ALINHADO AO ENTENDIMENTO DA CORTE. SÚMULA 83 DO STJ. FUNDAMENTO NÃO ACATADO. SÚMULA 283/STF. – MORA – EXISTÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS NO PERÍODO DA NORMALIDADE – DESCARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INVIABILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO EM SEDE ESPECIAL. SÚMULAS 5 e 7/STJ. 1. “No pertinente à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1114049/PE, Relator ministro Luis Felipe Salomão, DJe 29/04/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2009/0043871-6&data=29/4/2011>. Acesso em: 23 de ago. de 2013.

“Conquanto o sistema contratual brasileiro permaneça alicerçado sobre o dogma da autonomia da vontade, a reorganização do direito civil sob o enfoque constitucionalista, implementada paulatinamente pelo CDC e pelo CC/02, impôs a conformação da liberdade contratual à boa-fé objetiva e seus deveres anexos, o que resultou em manifesto alargamento do conteúdo contratual.” BRASIL – Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 1.274.629 – AP Relator: ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 16/05/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=28803717&sReg=201102045994&sData=20130620&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 13 de out. de 2013.

¹³¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

¹³² THEODORO JUNIOR, Humberto. Contratos – Princípios Gerais. In: *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1. p. 232.

Defesa do Consumidor¹³³ –, outros princípios consumeristas também são aventados pela doutrina e aplicáveis às relações contratuais de consumo.

Assim, tem-se também o princípio do protecionismo e do imperativo de ordem pública e interesse social, o da vulnerabilidade, o da hipossuficiência, o do dever de informar, o da revisão das cláusulas contrárias, o da conservação do contrato, o da equivalência e o da solidariedade¹³⁴, que serão, juntamente com o princípio da transparência e da boa-fé, sucintamente abordados na sequência.

2.1.1 Princípio da transparência

A ideia central do princípio básico da transparência – instituído pelo artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, complementado pelo princípio do dever de informar, previsto no inciso III do artigo 6º, e pela obrigação de apresentar previamente o conteúdo do contrato, conforme disposto no artigo 46 –, na formação dos contratos consumeristas, na visão de Claudia Lima Marques,

“é possibilitar uma aproximação de uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”¹³⁵.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal ementou que

“[...] 3. O art. 6º, III, do CDC, institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.

4. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem

¹³³ MARQUES, op. cit., 2005, p. 714.

¹³⁴ NUNES, op. cit., p. 91.

¹³⁵ MARQUES, op. cit., 2005, p. 714 e 715.

sendo denominado de *consentimento informado* ou *vontade qualificada* [...]”¹³⁶.

A transparência se consuma com a ciência integral, dos contratantes, das cláusulas contratuais, que precisam ser redigidas e elaboradas de forma clara; tudo no intuito de propiciar “ao consumidor o amplo, pleno e prévio conhecimento de todas as condições reguladoras da vinculação”, consoante o disposto no artigo 46 do CDC.¹³⁷

A transparência, assim, conforme observou Celso Marcelo de Oliveira e em consonância com a citada jurisprudência, tem a capacidade de afetar “a própria essência do negócio, trazendo conseqüências concretas e indicando que há a equivalência de força na relação de consumo dentro daquilo que se denomina justiça contratual”¹³⁸.

2.1.2 Princípio da boa-fé ou da lealdade

O outro princípio básico que incide na formação contratual – segundo critérios de Claudia Lima Marques –, é o da boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor¹³⁹.

Tal princípio decorre do disposto no *caput* do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, que menciona, dentre outros, a necessária harmonia nas relações de consumo; além disso, o inciso III do mesmo dispositivo determina que se atenda ao princípio da

“harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1121275/SP. Relatora ministra Nancy Andrighi, DJE 17/04/2012. DJe 17.02.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900196686&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 19 de out. de 2013.

¹³⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de Defesa do Consumidor e os contratos bancários*. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 13.

¹³⁸ Idem, *ibidem*, p. 14.

¹³⁹ MARQUES, op. cit., 2005, p. 799.

necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”¹⁴⁰.

Como Lima Marques destaca, um tratamento igualitário entre este princípio e o princípio da transparência lança, mesmo assim, a afirmação genérica de que o princípio da boa-fé, não fosse essa abordagem dúplice, seria o princípio máximo a orientar o Código de Defesa do Consumidor¹⁴¹.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que, enquanto decorrente do artigo 4º do CDC, a boa-fé se apresenta como princípio orientador das interpretações e não como cláusula geral para definir regras de conduta, e expressa, em suma,

“fundamental exigência que está à base da sociedade organizada, desempenhando função de sistematização das demais normas positivadas e direcionando sua aplicação. E um marco referencial para a interpretação e aplicação do Código, o que seria até de certo modo dispensável, pois não se concebe sociedade organizada com base na má-fé, não fosse a constante conveniência de acentuar sua importância”¹⁴².

Segundo o mesmo autor, quando se faz menção a esse princípio no III do mesmo artigo, serve “*como critério auxiliar para viabilização dos ditames constitucionais sobre ordem econômica (art. 170 da CF/1988)*”¹⁴³, o que significa “*dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios*”¹⁴⁴.

Enquanto princípio, entretanto, a boa-fé se irradia pelo Código de Defesa do Consumidor, a ponto de tomar a feição de cláusula geral, pois que inserida no rol

¹⁴⁰ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 14 de out. de 2013.

¹⁴¹ MARQUES, op. cit., 2005, p. 799.

¹⁴² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Coordenadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1. p. 379.

¹⁴³ Idem, ibidem, p. 379.

¹⁴⁴ Idem, ibidem, p. 379.

das cláusulas abusivas do artigo 51, devendo ser observada em todos os contratos de consumo^{145 146}.

Pelas palavras de Agathe E. Schmidt da Silva, enquanto cláusula geral, a aplicação da boa-fé exige, dos que a interpretarão, um novo posicionamento, de tal sorte que possam substituir o *“raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir”*¹⁴⁷.

2.1.3 Princípio do protecionismo

O princípio do protecionismo é tido como o princípio inaugural do microsistema consumerista e é decorrente direto da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever à defesa do consumidor consoante o disposto no artigo 5º, XXXII, bem como estabelece essa defesa como um dos princípios gerais da atividade econômica, conforme estabelece o inciso V do artigo 170 do texto constitucional. Por essa razão, de *“todas as situações reguladas pela Lei nº 8.078, não se pode olvidar o protecionismo, que, superadas as demais alternativas para interpretação, tem de ser levado em conta para o deslinde do caso concreto”*¹⁴⁸.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer entende que *“o expresse reconhecimento da matriz constitucional da defesa do consumidor é de grande importância, pois tal*

¹⁴⁵ NUNES, op. cit., p. 596.

¹⁴⁶ Veja, por exemplo, a jurisprudência: “[...] A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato – tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes –, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual. [...]” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1276311/RS. Relator ministro Luis Felipe Salomão, DJe 17/10/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802363767&dt_publicacao=17/10/2011. Acesso em: 20 de out. de 2013.

¹⁴⁷ SILVA, Agathe E. Schmidt da. *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Coordenadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1. p. 89.

¹⁴⁸ NUNES, op. cit., p. 94.

*status empresta validade a uma série de normas que protegem o consumidor, impondo limites proporcionais à livre iniciativa*¹⁴⁹.

Pfeiffer entende também, e aqui no contexto do texto dissertativo, que uma consequência importante para o ordenamento jurídico foi o julgamento da ADI 2.591, pois reforçou a dimensão constitucional da defesa do consumidor, uma vez que

“Fixou-se o entendimento de que a submissão das entidades que compõe o Sistema Financeiro Nacional às disposições da Lei 8.078/90 é completamente harmônica com a Constituição Federal, na medida em que fortalece a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, e 170, V da CF/1988), eleva a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988) e promove a justiça social (art. 3º, I e 170, *caput*, da CF/1988).”¹⁵⁰

Abstrai-se, pois, daí que, se o princípio do protecionismo se aplica ao Sistema Financeiro como um todo, também se aplica, com igual propriedade, ao mútuo bancário.

2.1.4 Princípio do imperativo de ordem pública e interesse social

Ressalve-se que, muito embora o princípio da autonomia da vontade não tenha sido banido completamente do âmbito das relações de consumo, já que ainda perdura certa liberdade – como para escolher a pessoa com quem contratar –, todavia, *“para determinar o conteúdo do negócio jurídico, sofreu, na realidade, enorme redução, visto que todas as numerosas normas traçadas pela Lei 8.078/90 são, declaradamente, de ordem pública”*¹⁵¹.

¹⁴⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do CDC aos serviços bancários*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1. P. 814.

¹⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 813.

¹⁵¹ THEODORO JUNIOR, op. cit., 2011. V. 1. p. 232.

O princípio da ordem pública aparece, segundo José Augusto Garcia, como consectário inexorável do princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo¹⁵², a ser analisado na sequência.

“Deveras, não basta reconhecer de forma diletante, platônica, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não. Além do reconhecimento, é preciso mais. Positivamente, de nada adiantaria um formosíssimo código, enaltecendo ao máximo os direitos do consumidor, se não fossem cogentes as suas normas. A burla seria diuturna, e o estatuto viraria uma peça acadêmica, quando não motivo de justificados gracejos.”¹⁵³

O princípio do imperativo de ordem pública e interesse social está inserido logo no artigo inicial do Código de Defesa do Consumidor: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do arts. 5º, XXXII, 170, V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias”¹⁵⁴.

Suas normas, nesse sentido, têm o condão de se impor contra a vontade dos participantes “da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicar-lhe as regras ex officio, isto é, independente do requerimento ou protesto das partes”¹⁵⁵.

É inconteste que o princípio da ordem pública se sobressai no plano dos contratos de mútuo e que evoca o tema do intervencionismo do Estado, pois que se caracteriza pela vulnerabilidade de um dos participantes da relação de consumo: “resta claro, axiomático, que o regime consumerista não pode prescindir de uma boa e compensatória dose de intervenção estatal”¹⁵⁶. Mesmo porque, prevista no rol dos

¹⁵² GARCIA, José Augusto. *O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo*. In: Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 704.

¹⁵³ Idem, ibidem, p. 704.

¹⁵⁴ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 14 de out. de 2013.

¹⁵⁵ NUNES, op. cit., p. 94.

¹⁵⁶ GARCIA, op. cit., p. 705.

princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, constitui-se em “*elemento capital do sistema, em prol do equilíbrio do mercado de consumo*”¹⁵⁷.

O STJ, em julgado recente, declarou que

“As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ‘ordem pública e interesse social’. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante* e no atacado.”¹⁵⁸

2.1.5 Princípio da vulnerabilidade

Ao tratar da Política Nacional de Relações de Consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso I, prevê, como um dos princípios orientadores das relações de consumo, que a vulnerabilidade do consumidor deve ser reconhecida, ou seja, o consumidor é vulnerável e essa vulnerabilidade é norma imperativa e cogente, devendo ser observada por todo o mercado de consumo¹⁵⁹.

Esse reconhecimento consubstancia-se em medida que busca a isonomia garantida na Constituição. Em outras palavras, reconhece-se “*que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo*”¹⁶⁰.

A vulnerabilidade é entendida, então, segundo as palavras de Paulo Valério Dal Pai Moraes, como

“o princípio pelo qual é reconhecida pelo sistema jurídico positivado brasileiro a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, situação esta também presente em outras

¹⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 705.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE nos EDcl no Recurso Especial nº 586.316/MG. Relator Ministro Ari Pargendler, DJE 04/02/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200301612085&dt_publicacao=4/2/2010. Acesso em: 22 de out. de 2013.

¹⁵⁹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis*. In: Direito do Consumidor: Vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Organizadores: Claudia Lima Marque e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 2. p. 435.

¹⁶⁰ NUNES, *op. cit.*, p. 127.

situações fáticas ou jurídicas, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos consumidor, trabalhador, contribuinte etc., no âmbito econômico ou extrapatrimonial, por parte do sujeito mais potente das respectivas relações”¹⁶¹.

Essa fraqueza, essa debilidade, essa fragilidade, é real e concreta¹⁶², decorrendo de variados aspectos. Segundo Claudia Lima Marques, existem quatro aspectos, quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional¹⁶³:

Por vulnerabilidade técnica entende a autora que o contratante, enquanto comprador, não detém *“conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviço”*. Tal tipo de vulnerabilidade é presumida em favor do consumidor não profissional¹⁶⁴.

Na vulnerabilidade jurídica (ou científica), *“é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”* do consumidor que lhe dá os contornos característicos. É presumível, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física¹⁶⁵.

Com relação à vulnerabilidade fática (ou socioeconômica), o ponto de referência é a outra parte contratante – o fornecedor – que, em função de *“sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”*¹⁶⁶.

Já a vulnerabilidade informacional se constitui no maior fator de desequilíbrio das relações contratuais estabelecidas entre consumidor e fornecedor, já que este é o

¹⁶¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Defesa dos interesses coletivos lato sensu*. In: Direito do Consumidor: Tutela das relações de consumo. Organizadores: Claudia Lima Marque e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 6. p. 839.

¹⁶² NUNES, op. cit., p. 128.

¹⁶³ MARQUES, op. cit., 2005, p. 320.

¹⁶⁴ Idem, ibidem, p. 320 e 321.

¹⁶⁵ Idem, ibidem, p. 322 e 323.

¹⁶⁶ Idem, ibidem, p. 325.

único detentor da informação. É verdade que esse tipo de vulnerabilidade poderia estar englobado na vulnerabilidade técnica, mas a importância da aparência, da comunicação e da informação para as relações contratuais pode deixar em situação de completa vulnerabilidade a parte mais fraca e débil dessas relações, por isso Marques dá ênfase a esse aspecto¹⁶⁷.

Saliente-se, demais, que a vulnerabilidade não deve ser confundida com a hipossuficiência, pois a primeira, por ser gênero, seria mais ampla que a segunda – espécie¹⁶⁸, além do que, a vulnerabilidade estaria mais afeita ao direito material, enquanto que a hipossuficiência estaria ligada ao direito processual, já que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova¹⁶⁹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem amparando, significativamente, o consumidor e aplicando por diversas vezes o princípio em análise, inclusive especificando seus tipos, para fundamentar suas decisões. Exemplo disso é o Recurso Especial nº 1.195.642/RJ, no qual se lê:

“A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).”¹⁷⁰

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 329 e segs.

¹⁶⁸ NISHIYAMA; DENSA, *op. cit.* p. 435.

¹⁶⁹ NUNES, *op. cit.*, p. 152 e 153.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.195.642/RJ – Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJE 21/11/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000943916&dt_publicacao=21/11/2012. Acesso em: 23 de out. de 2013.

2.1.6 Princípio da hipossuficiência

O princípio da hipossuficiência encontra sua origem no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, e no artigo 38 do mesmo diploma legal, o qual estabelece a inversão para se verificar a veracidade ou não do abuso da publicidade pelo fornecedor¹⁷¹.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno, o termo hipossuficiência decorre do Direito Social, ou Direito do Trabalho, e deve ter, no âmbito do CDC, *“a conotação de pobreza econômica ou falta de meios, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em dado conflito nascido de relações de consumo”*¹⁷².

Nunes, nesse contexto, adverte para o fato de que

“o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova pode ser visto como forma de proteção ao mais ‘pobre’. Ou, em outras palavras, não é por ser ‘pobre’ que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material”¹⁷³.

Para o consumidor ter sua hipossuficiência reconhecida, entretanto, deverá o juiz, a seu critério e de acordo com as regras ordinárias de experiência, facilitar a defesa do consumidor, determinando a inversão do ônus da prova, que poderá se dar tanto pelo requerimento da parte como *ex officio*. Carlos Roberto Barbosa Moreira entende que, por se tratar *“de um dos ‘direitos básicos do consumidor’, e sendo o diploma composto de normas de ordem pública (art. 1º CDC), deve-se entender que a medida independe da iniciativa do interessado em requerê-la”*¹⁷⁴.

¹⁷¹ CUNHA, Belinda Pereira da. *Ônus da prova no Código do Consumidor*. In: Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo. Organizadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 6. p. 463.

¹⁷² FILOMENO, José Geraldo Brito. In: Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et. al. Ed. 9. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 156.

¹⁷³ NUNES, op. cit., p. 152.

¹⁷⁴ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. In: Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo. Organizadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 6. p. 495.

Não se tratará de uma possível análise da situação econômica ou financeira, ou ainda dos conhecimentos técnicos que o consumidor possua, *“mas sim de sua posição de desvantagem e submissão às regras do mercado de consumo, bem como de seu desconhecimento dos meandros do negócio, da atividade econômica que toca exclusivamente ao fornecedor”*¹⁷⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, no sentido em que dispõe a doutrina, decidiu, em julgado recente, que *“a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência”*¹⁷⁶.

2.1.7 Princípio do dever de informar

O dever de informar, além de encontrar respaldo constitucional – art. 5º, XXXIII¹⁷⁷ –, se arrima, no âmbito do CDC, nos artigos 6º, II¹⁷⁸, 31¹⁷⁹ e 37, *caput*¹⁸⁰.

¹⁷⁵ CUNHA, op. cit., p. 464.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 300550/SP – Relator ministro Raul Araújo, DJe 24/06/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201300457409&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 24 de out. de 2013.

¹⁷⁷ “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: [...] XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁷⁸ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; [...]” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁷⁹ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição,

Trata-se, segundo palavras de José Geraldo Brito Filomeno, do dever de prestar informações claras aos consumidores sobre as características *“importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles”*¹⁸¹.

Tal dever se constitui em um dos pilares do direito do consumidor, competindo a todos – entidades privadas de defesa ou proteção do consumidor, órgãos públicos, empresas e o próprio Estado – velar por ele¹⁸².

Paulo Luiz Netto Lôbo, nesse contexto, afirma que

“Os efeitos do direito à informação não estão contidos, apenas, no âmbito da legislação infraconstitucional, pois as constituições mais recentes elevaram-no ao nível dos direitos fundamentais. Portanto, não diz respeito apenas à ordem privada dos sujeitos, mas irradia-se na consideração pública do campo indisponível da cidadania ativa, segundo a concepção contemporânea que não a vê apenas no exercício do direito oponível ao poder político, mas em face do poder econômico.”¹⁸³

Lembre-se, demais, que o dever de informar, tanto como princípio ou como norma, garante o direito à informação enquanto *“direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo”*¹⁸⁴, o que permite seu enquadramento como uma espécie do gênero direitos fundamentais¹⁸⁵.

preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁸⁰ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁸¹ FILOMENO, op. cit., 2007, p. 146.

¹⁸² Idem, ibidem, p. 79.

¹⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*. In: Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. III. p. 596.

¹⁸⁴ Idem, ibidem, p. 598.

¹⁸⁵ Idem, ibidem, p. 598.

No que diz respeito aos contratos de mútuo bancário e demais operações de crédito, Bruno Miragem afirma que

“a natureza preventiva do direito do consumidor se apresenta pela exigência do cumprimento dos deveres de informação e esclarecimento, especialmente na fase pré-contratual da concessão do crédito, cumprindo os deveres de clareza e objetividade (esclarecimento), apontados no art. 31 do CDC, assim como prestação adequada das informações específicas exigidas nos contratos de concessão de crédito e financiamento previsto no art. 52 do CDC, que estabelece o dever de informar prévia e adequadamente ao consumidor sobre o preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; os acréscimos legalmente previstos; o número e a periodicidade das prestações; e a soma total a pagar, com e sem financiamento”¹⁸⁶.

Miragem adverte, entretanto, para o fato de que a norma do artigo 52 do CDC, muito embora estabeleça que a informação deve ser prévia, não declara abertamente o momento exato em que se deve exigir o cumprimento do dever de informar, o que pode causar dificuldade para aferir se a exigência legal foi cumprida¹⁸⁷.

No âmbito do STJ, a jurisprudência tem diretriz no sentido de que a informação, o dever de informar, é fundamental e se constitui em direito básico do consumidor; uma vez caracterizada a relação de consumo, nasce para o fornecedor o dever de informar plenamente o consumidor acerca do serviço prestado¹⁸⁸.

¹⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Mercado, fidúcia e banca*. In: Direito do Consumidor: contratos de consumo. Coordenadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 4. p. 648.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 649.

¹⁸⁸ “[...] 4. Dentre os princípios consagrados na Lei Consumerista, encontra-se a necessidade de transparência, ou seja, o dever de prestar informações adequadas, claras e precisas acerca do produto ou serviço fornecido (artigo 6º, inciso III, 20, 31, 35 e 54, §5º). Sobre o tema, lecionam Cláudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem: ‘O direito à informação assegurado no art. 6º, III, corresponde ao dever de informar imposto pelo CDC nos arts. 12, 14, 18 e 20, nos arts. 30 e 31, nos arts. 46 e 54 ao fornecedor. Este dever de prestar informação não se restringe à fase pré-contratual, da publicidade, práticas comerciais ou oferta (art. 30, 31, 34, 35, 40 e 52), mas inclui o dever de informar através do contrato (arts. 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação (a contrario, art. 51, I, IV, XIII, c/c art.6, III), especialmente no momento da cobrança da dívida’ (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2004, p.150). No caso dos autos, sendo incontroverso que o autor é correntista do banco réu, está caracterizada a relação de consumo e, por conseguinte, o dever do fornecedor de informar plenamente o consumidor acerca do serviço prestado. Ademais, a exibição incidental de documento, em nosso sistema jurídico, submete-se a procedimento específico (arts. 355-363 do CPC), que não enseja a fixação de multa cominatória, mas prevê solução adequada à questão probatória, com eventual admissão da veracidade dos fatos que, por meio do documento, a parte pretendia provar (art. 359). Segundo o disposto no artigo 358, incisos I e III do CPC, o magistrado não poderá admitir a recusa na exibição documental, pois a instituição financeira tem obrigação legal de exibir o contrato de abertura de crédito em virtude de ser documento comum às partes. Certamente, ilegítima

2.1.8 Princípio da revisão das cláusulas contratuais

Com previsão expressa no artigo 6º, inciso V¹⁸⁹, do CDC, fundamenta-se também nos princípios da boa-fé e equilíbrio – art. 4º, III, e da vulnerabilidade – art. 4º, I, decorrendo, ambos, do princípio constitucional da isonomia – art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹⁹⁰.

Tendo como característica a relação de consumo, tal princípio é fundamental na órbita consumerista, no sentido de a proposta do fornecedor, como os riscos que lhe são inerentes e do conhecimento técnico que este detém, se vincular a uma possível revisão. Para se requerer a revisão contratual, após o contrato ter sido concluído, é necessário apenas que surjam fatos que tornem o contrato excessivamente oneroso. Diferente da teoria da imprevisão, prevista na regra do *rebus sic stantibus* do Código Civil, que prevê, além do surgimento da onerosidade excessiva, a prova do acontecimento de fatos posteriores de natureza extraordinária ou imprevisível¹⁹¹.

Adverta-se, demais, para o fato de que “o princípio decorre de uma das características do contrato, típico de adesão”¹⁹² e, obviamente, fundado nos princípios acima referenciados.

a declaração da instituição financeira de que não localizou a documentação pleiteada, uma vez que não se admite a recusa de exibição de documento comum às partes, notadamente quando a instituição recorrente tem a obrigação de mantê-lo enquanto não prescrita eventual ação sobre ele. Assim, a não-exibição do documento requerido pelo autor implica a admissão da presunção da verdade dos fatos que se pretendem comprovar por meio daquela prova sonogada pela parte *ex adversa*, restando este fato a única sanção processual cabível. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag 1238446/SP – Relator ministro Luis Felipe Salomão, Data da Publicação 21/02/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902167812&dt_publicacao=21/02/2011. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁸⁹ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...]”. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁹⁰ NUNES, op. cit., p. 146.

¹⁹¹ Idem, ibidem, p. 146 e 147.

¹⁹² Idem, ibidem, p. 147.

Tal princípio adquire expressiva relevância no universo consumerista. Cite-se, por exemplo, trecho da ementa do Recurso Especial nº 1114049/PE o qual, ao abordar contrato de mútuo bancário, sintetizou que: *“No pertinente à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do pacta sunt servanda”*¹⁹³.

2.1.9 Princípio da conservação do contrato

Este princípio, que vem implícito no inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, visa manter o contrato em vigência, muito embora garantida, legalmente, o direito de modificar e rever suas cláusulas contratuais.

Em conformidade com essas palavras, Nunes afirma que

“a instituição do direito à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais e do direito à revisão de cláusulas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas tem na sua teleologia o sentido de conservação do pacto”¹⁹⁴.

Embora implícito no inciso V do artigo 6º, vem explicitado no § 2º do artigo 51 do CDC: *“A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando, de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”*¹⁹⁵.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.114.049/PE – Relator ministro Luis Felipe Salomão, Data da Publicação 29/04/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15157926&sReg=200900438716&sData=20110429&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁹⁴ NUNES, op. cit., p. 145.

¹⁹⁵ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

Tal preceito “permite a validade do contrato na parte que remanescer, salvo se ocorrer ônus excessivo a qualquer dos contratantes. Mais uma vez, a regra fundamental é a do equilíbrio das posições contratuais”¹⁹⁶.

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, do STJ, ao abordar contrato de prestação de serviços médicos, em seu voto, se manifesta no sentido de que: “Há de se ressaltar, de outro turno, que os efeitos jurídicos dos contratos dessa natureza perpetuam-se no tempo, havendo continuidade. Tal característica se deve ao princípio da conservação dos contratos de consumo de longo prazo [...]”¹⁹⁷.

2.1.10 Princípio da equivalência

O princípio da equivalência encontra amparo na interpretação que se faz do artigo 4º, inciso III¹⁹⁸, combinado com o artigo 6º, II¹⁹⁹, do Código de Defesa do Consumidor, os quais estabelecem a harmonização dos interesses dos que participam das relações de consumo e a compatibilização para proteção do

¹⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contratos no Código do Consumidor*. In: Direito do Consumidor: contratos de consumo. Coordenadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. IV. p. 177.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 193584/RJ – Relator ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Data da Publicação 18/04/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1674520&sReg=199800802452&sData=20050418&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁹⁸ “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...]” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

¹⁹⁹ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; [...]” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

consumidor e o necessário desenvolvimento tecnológico, viabilizando os princípios em que se fundamenta a ordem econômica – art. 170 da Constituição Federal –, baseando-se, sempre, na boa-fé e no equilíbrio nas relações que se estabelecem entre consumidores e fornecedores, enfim, na igualdade nas contratações.

De tal sorte que, com o princípio em questão, busca-se a harmonia e a equivalência nas relações contratuais de consumo sem perder de vista os apontamentos constitucionais. O Superior Tribunal de Justiça segue no sentido de observar tais preceitos²⁰⁰.

2.1.11 Princípio da solidariedade

O princípio em questão – que encontra respaldo legal no parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista o ditame civilista de que a solidariedade não se presume, mas sim decorre da lei ou da vontade das partes – fez com que se criasse no CDC “o *princípio da solidariedade legal entre os*

²⁰⁰ “CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATENDIMENTO MÉDICO EMERGENCIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES RESGUARDANDO O EQUILÍBRIO E A BOA-FÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCOMPATIBILIDADE COM O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS QUE SE EXTRAEM DO CDC. INSTRUMENTÁRIO HÁBIL A SOLUCIONAR A LIDE. 1. O Código de Defesa do Consumidor contempla a reciprocidade, eqüidade e moderação, devendo sempre ser buscada a harmonização dos interesses em conflito, mantendo a higidez das relações de consumo. 2. A inversão do ônus da prova é instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem, a ponto de conduzir o consumidor ao enriquecimento sem causa, vedado pelo artigo 884 do Código Civil. 3. Não há dúvida de que houve a prestação de serviço médico-hospitalar e que o caso guarda peculiaridades importantes, suficientes ao afastamento, para o próprio interesse do consumidor, da necessidade de prévia elaboração de instrumento contratual e apresentação de orçamento pelo fornecedor de serviço, prevista no artigo 40 do CDC, dado ser incompatível com a situação médica emergencial experimentada pela filha do réu. 4. Os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material e moderação impõem, por um lado, seja reconhecido o direito à retribuição pecuniária pelos serviços prestados e, por outro lado, constituem instrumento que proporcionará ao julgador o adequado arbitramento do valor a que faz jus o recorrente. 5. Recurso especial parcialmente provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1256703/SP – Relator ministro Luis Felipe Salomão. Data da Publicação 27/09/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201100797156&dt_publicacao=27/09/2011. Acesso em: 30 de out. de 2013.

*causadores de danos ao consumidor, de sorte que, havendo mais de um autor desses danos, todos eles responderão solidariamente pela reparação*²⁰¹.

O aspecto da solidariedade, assim, e em face dos danos perpetrados, é de grande relevância, pois *“significa que o consumidor pode escolher a quem acionar: um ou todos. Como a solidariedade obriga a todos os responsáveis simultaneamente, todos respondem pelo total dos danos causados*”²⁰².

No STJ existe decisão no sentido de que

“no contrato de mútuo (empréstimo bancário) garantido por título cambiariforme, a execução pode lastrear-se em ambos os instrumentos (multinstrumentalidade). Neste caso, tendo os avalistas firmado esses documentos (mútuo e promissória), são co-obrigados e, pelo princípio da solidariedade, respondem pelo débito.”²⁰³

Feita essa abordagem sobre os princípios inerentes ao direito consumerista e aplicados às relações contratuais bancárias, e, de maneira reflexa, ao mútuo civil, como se verá mais à frente, a próxima etapa do presente trabalho consiste na análise dos conceitos e características que permeiam os contratos de mútuo bancário.

2.2 “EMPRÉSTIMO BANCÁRIO” OU “MÚTUO BANCÁRIO”

É preciso que se faça, antes de se adentrar aos aspectos doutrinários que permeiam o mútuo bancário, uma imprescindível observação. Segundo Luz Alfredo Nalin, *“é comum privilegiar-se a expressão empréstimo bancário a mútuo bancário. Não se*

²⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do CDC*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 293.

²⁰² NUNES, op. cit., p. 159.

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 27272/MG – Relator ministro Waldemar Zveiter. Data da Publicação 17/12/1992. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200232701&dt_publicacao=17/12/1992. Acesso em: 30 de out. de 2013.

*trata de opção sem conseqüências, já que entre ambos os vocábulos não existe uma relação de sinonímia e sim de gênero e espécie*²⁰⁴.

Nos dizeres de Orlando Gomes, *“É o empréstimo o contrato em que uma das partes recebe, para uso ou utilização, uma coisa que, depois de certo tempo, deve restituir ou dar outra do mesmo gênero, quantidade e qualidade*²⁰⁵. E o autor assevera, outrossim, que existem duas espécies de empréstimo: o mútuo e o comodato. Enquanto este se constitui em empréstimo de uso, aquele se consubstancia em empréstimo de consumo. No comodato a coisa emprestada deve ser restituída na sua singularidade, razão porque não pode ser fungível, ou consumível; já no mútuo *“a coisa emprestada, sendo fungível ou consumível, não pode ser devolvida, pelo que a restituição se faz por equivalente*²⁰⁶.

Assim, pois, o mútuo bancário constitui-se numa modalidade de empréstimo, *“com a especialidade de ser concedido por uma entidade creditícia submetida à disciplina da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Basicamente, vem a ser um contrato que expressa fornecimento de crédito aos interessados*²⁰⁷.

2.3 CONCEITO E DEFINIÇÃO DE MÚTUA BANCÁRIO

O mútuo bancário é uma subespécie de mútuo, ou seja, o mútuo previsto no artigo 586 do Código Civil se desdobra para criar esta espécie de mútuo que, embora apresente as mesmas diretrizes, se distingue em razão de algumas peculiaridades que lhe são agregadas.

Paulin, antes de adentrar a essas particularidades, afirma que não existe um contrato de mútuo bancário autônomo. No que se refere a este aspecto, é de bom

²⁰⁴ PAULIN, op. cit., 1.131.

²⁰⁵ GOMES, op. cit., 2001. p. 314.

²⁰⁶ Idem, ibidem, p. 314.

²⁰⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. Ed. 5. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 37.

alvitre assinalar que, *“com eventual exceção do contrato de abertura de crédito, não existem contratos bancários dotados de tipicidade. Os atos típicos da atividade bancária são formas peculiares de mútuos, depósito, compra e venda etc.”*²⁰⁸.

Claudia Lima Marques, em sentido que se assemelha às palavras de Paulin, afirma que *“o CDC não trata de nenhum contrato especial, mas se aplica a todos, a todos os tipos de contratos, se contratos de consumo”*²⁰⁹. Tal consideração será de grande valia no sentido de que a aplicação do CDC a alguns tipos de contratos regidos por leis outras, como se verá mais à frente, se mostrará ou não plausível.

Algumas circunstâncias distinguem o mútuo bancário do mútuo civil. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que o banqueiro é um empresário, tendo como centro de sua atividade as operações de mútuo, de tal sorte que tais atos são praticados de maneira profissional e não acidental. Em segundo lugar, torna-se imperiosa a lembrança de *“que as instituições financeiras atuam de forma alavancada e descasada. Por conta disto, excepcionais mecanismos de proteção de seus ativos tiveram que ser adotados, mecanismos estes incorporados às operações de mútuo”*²¹⁰. Em terceiro lugar, que o setor financeiro se submete a um rigoroso controle por parte tanto do Conselho Monetário Nacional como do Banco Central do Brasil. Neste ponto é de se ressaltar que

“Não vigora para o mútuo bancário a limitação nas taxas de juros prescrita pelo Código Civil de 2002 (arts. 406 e 591; Decreto nº 22.626, de 1933). Tem entendido a jurisprudência que o art. 4º da LRB, ao atribuir competência ao Conselho Monetário Nacional para disciplinar as taxas de juros a serem praticadas pelas instituições financeiras, excluiu os contratos bancários da limitação legal imposta aos juros dos mútuos civil.”²¹¹

Tal afirmação encontra respaldo na Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal que apregoa: *“As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de*

²⁰⁸ PAULIN, op. cit., 1.134.

²⁰⁹ MARQUES, op. cit., 2005, p. 630.

²¹⁰ PAULIN, op. cit., 1.134.

²¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. Ed. 20. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 452 e 453.

*juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional*²¹².

Conforme o que anteriormente se frisou, via de regra, os contratos bancários não apresentam uma tipicidade específica. Razão pela qual se invocam os ensinamentos de Sergio Carlos Covelo para estabelecer o que é um contrato bancário. Este autor define o contrato bancário como *“o acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito*²¹³.

A partir de tais apontamentos, é possível definir o mútuo bancário como sendo o contrato pelo qual a instituição financeira empresta ao cliente uma determinada quantia em dinheiro, devendo o mesmo *“restituir o valor emprestado, com correção monetária, se prevista; pagar juros, encargos, comissões e demais taxas constantes do instrumento de contrato; amortizar o valor emprestado nos prazos estabelecidos contratualmente*²¹⁴.

2.4 INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Ao se analisar a definição de mútuo bancário, observa-se que duas características o distinguem: primeiro o fato de ser realizado por uma instituição financeira e, segundo, por apresentar como objeto o dinheiro, o que o restringe em relação aos demais tipos de mútuo²¹⁵.

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, além de criar o Conselho Monetário

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 596. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600. Acesso em: 02 de nov. de 2013.

²¹³ COVELLO, Carlos Sergio. *Contratos bancários*. Ed. 3. Rev. e atual. São Paulo: Leud, 1999. p. 47.

²¹⁴ COELHO, op. cit., p. 452.

²¹⁵ PAULIN, op. cit., 1.136.

Nacional, considera, em seu artigo 17²¹⁶, que instituição financeira é toda e qualquer pessoa jurídica que tenha como atividade principal ou acessória a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valores de propriedade de terceiros.

A definição aí encontrada, conforme o ângulo de observação, pode ser bem mais elástica do que à primeira vista se apresenta. Seja como for, para que se caracterize o mútuo bancário, a instituição financeira deverá ocupar, invariavelmente, o pólo ativo da relação jurídica. Além do que, a instituição financeira depende sempre de autorização governamental para poder funcionar no país, devendo atender a estatuto próprio²¹⁷.

2.5 OBJETO DO MÚTUO BANCÁRIO

O contrato bancário, segundo Covello, tem como objeto o crédito²¹⁸, mas o mútuo bancário, espécie daquele, de acordo com Paulin, afirma que, diferentemente do mútuo em geral, cujo objeto pode ser qualquer bem fungível, o bancário terá como objeto dinheiro ou títulos fungíveis²¹⁹. O autor argumenta, além disso, que, *“na maioria das vezes, a instituição mutua dinheiro. Deveras, em uma economia monetária, a quase totalidade das operações bancárias é cursada em moeda, que, diga-se de passagem, é a matéria prima, por excelência, do banqueiro”*²²⁰.

²¹⁶ “Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm. Acesso em: 02 de nov. de 2013.

²¹⁷ COVELLO, op. cit., p. 48.

²¹⁸ Idem, ibidem, p. 48.

²¹⁹ PAULIN, op. cit., 1.138.

²²⁰ Idem, ibidem, p. 1.138.

Não se deve esquecer, entretanto, de que ultimamente outros tipos de operações bancárias têm surgido no meio bancário. Operações não tão comuns no varejo, mas expressivas no atacado. É o caso das operações de mútuo de títulos. Atente-se, entretanto, que os títulos devem ser fungíveis. Assim, *“prestam-se como objeto de mútuo bancário os títulos e valores mobiliários submetidos ao regime da Lei 6.385/76, títulos emitidos de forma massificada pelos entes públicos, como TDA, NTN, LBC, etc.”*²²¹.

2.6 ESPÉCIES DE MÚTUO BANCÁRIO

A atividade creditícia popularizou-se, especialmente após a promulgação da Lei 4.595/64, tornando o contrato de mútuo muito comum no meio das relações contratuais, o que se percebe notadamente nos financiamentos habitacionais e de consumo. Em meio às necessidades do mercado, os contratos se massificaram e o mútuo bancário passou a ser praticado através de outros modelos, os quais aqui apenas se enumeram sem entrar nas peculiaridades de cada um, pois, como se delineou previamente, analisar-se-ia de maneira geral e relacional as nuances entre o mútuo em dinheiro no âmbito civil e no âmbito bancário, já que entre estes existe maior similitude.

Assim, tem-se, na visão de Paulin, três tipos principais de mútuo bancário que vem se realizando no Brasil: o financiamento, o repasse de recursos externos e o repasse de recursos internos²²².

Existem inúmeras decisões no STJ reconhecendo que aos contratos de mútuo bancário se aplica o CDC, quase sempre em virtude da existência da relação de consumo, ou da não aplicação das disposições do artigo 591 do Código Civil a

²²¹ Idem, ibidem, p. 1.138 e 1.139.

²²² PAULIN, op. cit., 1.142.

esses tipos de contratos²²³, ou seja, em virtude de as regras serem bastante distintas entre o mútuo bancário e o mútuo civil.

2.7 CARACTERÍSTICAS DO MÚTUO BANCÁRIO

O mútuo bancário é um contrato real, unilateral e oneroso²²⁴. É real porque “se aperfeiçoa com a entrega, pelo banco mutuante ao cliente mutuário, do dinheiro objeto do empréstimo”²²⁵. Como se vê, não existe grande diferença no que tange à classificação dada ao mútuo civil, a não ser pela existência, no mútuo civil, da possibilidade de o mútuo ser gratuito. Por essa razão, não se fará, aqui, menção à onerosidade ou à unilateralidade – por já terem sido analisadas no capítulo primeiro –, passando-se, assim, a perscrutar as demais características que o distinguem do seu similar na seara cível.

2.7.1 Partes

Um contrato de mútuo bancário terá, de um lado, e necessariamente, uma instituição financeira e, no outro, pessoas físicas ou jurídicas em geral. O termo instituição financeira abrange as instituições bancárias e não bancárias; em alguns casos, a instituição financeira não atua isoladamente em uma operação de mútuo, mas sim em conjunto, geralmente por envolver valores elevados. A essas operações se dá o nome de empréstimos sindicalizados.

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 917459/RS – Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Data da Publicação 02/06/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3915644&sReg=200700102857&sData=20080602&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 de out. de 2013.

²²⁴ PAULIN, op. cit., 1.147.

²²⁵ COELHO, op. cit., 2008, p. 452.

Atualmente o mútuo bancário se tornou uma rotina na vida das pessoas físicas e jurídicas, pois não existe restrição no acesso delas às operações de mútuo bancário, desde que se apresentem capazes para os atos da vida civil, quando não que estejam devidamente representadas ou assistidas.

Anote-se, ainda, que a instituição financeira, de um lado, e as pessoas físicas ou jurídicas, de outro, dentro de uma relação contratual, podem se caracterizar como fornecedora e consumidora, respectivamente. Para que se dê essa caracterização, é necessário que essa relação seja considerada de consumo, com incidência do CDC. A Jurisprudência é pacífica no sentido de que “O Código do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, conforme dispõe a Súmula nº 297 do STJ. No que diz respeito à caracterização da pessoa física ou jurídica como consumidora, a interpretação é que dirá se é o caso ou não. Atualmente duas posições doutrinárias – maximalista e finalista –, têm dividido opiniões, todavia prevalece, na jurisprudência e na doutrina, majoritariamente, a corrente finalista, que dá interpretação restritiva ao artigo 2º do CDC, entendendo consumidor como alguém que utiliza ou adquire produto como destinatário final; ao passo que a teoria maximalista é mais branda, e sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou de um profissional, considerá-lo como consumidor, conferido-lhe a proteção que o CDC faculta por entendê-los mais fracos na relação de consumo²²⁶.

2.7.2 Juros

Ao definir e conceituar o mútuo bancário, item 2.3, adiantou-se o que pode ser considerado como uma das principais diferenças entre o mútuo civil e o mútuo bancário. E a diferença não está no fato de que este pode ser oneroso, pois aquele também pode; ela está, sim, no aspecto remuneratório, já que para o mútuo civil existe limitação à sua incidência e, como dito, se os valores forem fixados em patamares maiores do que a lei permite, poderá caracterizar-se ofensa à Lei da

²²⁶ MARQUES, op. cit., 2005, p. 303 e segs.

Usura e o fato ser tipificado, conseqüentemente, como crime contra a economia popular.

Para o mútuo bancário, não vigora *a priori* nenhuma limitação legal, entretanto a taxa é regulada pelo Conselho Monetário Nacional que, via de regra, não estabelece nenhuma limitação, deixando-a variar conforme o humor do mercado.

Os juros, vale lembrar, podem ter caráter moratório ou compensatório. Serão compensatórios

“aqueles devidos regularmente pelo mutuário, em retribuição à cessão transitória de recursos. Estes serão livremente pactuados entre as partes e constarão obrigatoriamente do instrumento de contrato. As partes podem acordar que estes encargos serão liquidados em parcelas ou em uma única ocasião. Optando pela liquidação em uma só vez, invariavelmente, os juros são satisfeitos, juntamente com o principal, ao final do prazo contratual”²²⁷.

Já os juros moratórios “são aqueles devidos em função do cumprimento a destempo da obrigação de pagar”²²⁸.

A jurisprudência do STJ é ampla no sentido de apreciar a incidência de juros. A título exemplificativo, cite-se o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 39.138/RS, que teve como relator o Ministro João Otávio de Noronha, para quem “a alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário depende da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado”²²⁹.

2.7.3 Garantias

Ao praticarem operações de mútuo, as instituições financeiras o fazem de maneira profissional. Visando garantir a integridade de seus ativos, tornam-se extremamente rigorosos na análise e viabilização de um crédito. Assim, a garantia se torna de

²²⁷ PAULIN, op. cit., 1.153 e 1.154.

²²⁸ PAULIN, op. cit., 1.155.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 39.138/RS. Relator ministro João Otávio de Noronha. Data da Publicação DJe 19/08/2013.

Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=30319978&sReg=201101177806&sData=20130819&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 de out. de 2013.

relevância ímpar. De tal sorte que, quanto maior o montante a ser mutuado, mais rigorosas são as análises das garantias, que se tornam variáveis conforme o caso concreto; algumas instituições financeiras priorizam garantias mais robustas, enquanto outras preferem garantias mais líquidas²³⁰.

Ressalte-se, nesse contexto, que *“na concessão de crédito original, se a instituição financeira não se julgar confortável com a garantia oferecida, pode simplesmente não aprovar a operação, sem com isto criar nenhum risco a seus ativos”*²³¹, muito embora o crédito possa ser concedido sem garantias ou com garantias meramente simbólicas.

A garantia pode ser pessoal ou real. Dentre as garantias pessoais tem-se o aval e a fiança, sendo esta a mais usual em contratos de mútuo bancário, até mesmo pela relativa simplicidade de sua constituição.

Em linhas gerais, e em reduzida síntese, essas são as considerações que se julgou pertinente apresentar aqui, mais para assinalá-las, pois que o assunto comportaria extenso estudo e, apesar de relevante, ele não seria abordável, exhaustivamente, nesta ocasião.

2.7.4 Prazo

Se o prazo do mútuo bancário for firmado por tempo determinado, chegando este ao seu final, cabe ao mutuário, impositivamente, liquidar a obrigação anteriormente assumida. Na maioria das vezes, o contrato fixa a data do vencimento e os valores devidos. Caso o devedor não cumpra a obrigação, incorrerá em mora, sujeitando-se, *ipso facto*, às consequências de seu ato²³². O devedor, anote-se, poderá liquidar suas obrigações antecipadamente, conforme dispõe o art. 52, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, esse artigo estabelece uma série de obrigações a

²³⁰ PAULIN, op. cit., 1.155 e 1.156.

²³¹ Idem, ibidem, p. 1.157.

²³² Idem, ibidem, p. 1.160.

serem observadas pelo fornecedor, destinando-se inclusive ao fornecedor de mútuo bancário²³³.

2.8 CONTRATO DE ADESÃO

O mútuo bancário se caracteriza por ser um contrato de adesão, o qual pode ser descrito como aquele cujas cláusulas contratuais são preestabelecidas de maneira unilateral pela parte econômica mais forte da relação – o fornecedor que, no caso em apreço, corresponde às instituições financeiras –, ou seja, sem que a outra parte – o consumidor – possa discutir ou modificar significativamente o conteúdo do contrato escrito. Vale lembrar que tais palavras se extraem da dicção do artigo 54²³⁴ do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Marques,

“O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão

²³³ “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento. § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. § 2º É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

²³⁴ “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.”²³⁵

O consumidor, desse modo, limita-se a aceitar em conjunto, o todo elaborado unilateralmente – na maioria das vezes sem ler o contrato –, deixando de lado, portanto, a fase pré-negocial, tida como elemento essencial do contrato de adesão²³⁶.

Adverta-se, entretanto, que, embora tenha suas cláusulas preestabelecidas unilateralmente, o contrato de adesão em si não é considerado abusivo. Representa uma padronização necessária das relações de consumo, nas quais a negociação individualizada dos termos contratuais com dificuldade encontraria lugar²³⁷.

O abuso, esclarece Oliveira,

“não resulta do fato de que o consumidor é obrigado a aderir a este ou àquele texto pré-impresso, mas, efetivamente, do conteúdo eventual de uma convenção de cuja redação ele não participou, e que ele não poderá modificar, haja vista a relação de forças existentes entre as partes confrontadas, e que provavelmente ele encontrará uniformizada no setor respectivo”²³⁸.

Lembre-se, entretanto, que, por força da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, “*Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas*”²³⁹, ou seja, no mútuo bancário, em havendo cláusulas abusivas, é necessário o requerimento por parte do contratante que se sentir prejudicado.

2.8.1 A descaracterização do contrato bancário para mútuo civil

As instituições financeiras têm a obrigação de comunicar todas as suas operações creditícias perante o Banco Central do Brasil, pois a Central de Risco de Crédito,

²³⁵ MARQUES, op. cit., 2005, p. 71.

²³⁶ Idem, ibidem, p. 71.

²³⁷ OLIVEIRA, Código de Defesa do Consumidor e os contratos bancários, 2002. p. 57.

²³⁸ Idem, ibidem, p. 57.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381. Data de julgamento 22/04/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=381>. Acesso em: 02 de nov. de 2013.

instituída pelas Resoluções nº 2.724/2000 e 3.658/2008, possui caráter consultivo para a efetiva verificação de lastro da moeda nacional e das instituições financeiras, a fim de que se possa verificar o risco pelo empréstimo bancário. Esse procedimento é indispensável à validação do ato jurídico.

Assim, caso as instituições financeiras deixem de proceder de acordo com as determinações das Resoluções fixadas pelo Banco Central do Brasil (BACEN), os contratos de mútuo deixam a órbita do mútuo bancário para instalarem-se sob a égide do mútuo civil.

Nesse sentido é o posicionamento Desembargador Lédio Rosa de Andrade:

“No momento em que a instituição financeira decide descumprir a lei que regula sua atividade, enganando o Estado, deixa de agir como instituição financeira e, como corolário, não pode, diante de uma inadimplência, socorrer-se do mesmo Estado, agora no Poder Judiciário, exigindo o cumprimento da lei quando ela mesma a descumpriu. Portanto, ao agir ao arrepio da legislação e colocando em risco o próprio sistema financeiro, o banco abdicou de sua condição de instituição financeira e, conseqüentemente, não pode agir com base na legislação específica, ficando subordinada a relação jurídica efetuada entre as partes à legislação civil comum. Se não cumprem suas obrigações bancárias, não podem ser reconhecidas como instituições financeiras, não podem ser autorizadas a firmar contratos bancários, regidos por normas de Direito Bancário, mas, assim como as demais pessoas, devem se sujeitar aos ditames dos mútuos civis. Por estas razões, o contrato firmado entre as partes deve descaracterizar-se como operação bancária e assumir corpo de mútuo civil.”²⁴⁰

Outro fator que desencadeia a descaracterização do contrato de mútuo bancário para mútuo civil é cláusula que contenha a obrigação de recompra dos títulos cedidos. Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL. DESCARACTERIZAÇÃO PARA MÚTUO CIVIL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CLÁUSULA DE

²⁴⁰ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação Civil nº 2010.059376-4 – Relator Desembargador Lédio Rosa de Andrade. Data de publicação 21/09/2011. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000H3IR0000&nuSeqProcssoMv=49&tipoDocumento=D&nuDocumento=3730760>. Acesso em: 14 de ago. de 2013.

RECOMPRA E DEMAIS REMUNERAÇÕES QUE DESCARACTERIZAM O CONTRATO DE *FACTORING*, SOB PENA ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO *FACTOR*. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO. REJEITADO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A cláusula que contenha a obrigação de recompra dos títulos cedidos descaracteriza os contratos de fomento mercantil, porquanto, a empresa de *factoring* assume todos os riscos do negócio no momento em que os adquire e recebe uma remuneração ou comissão, ou ainda, faz a redução em relação ao valor dos títulos cedidos.²⁴¹

Ou seja, a cláusula que contenha a obrigação da recompra dos títulos cedidos descaracteriza os contratos de fomento mercantil, transformando-os em mútuo civil, uma vez que a opção de recompra é incompatível com o negócio empreendido pela empresa de *factoring*.

Pois bem, observado este aspecto e passadas as vistas sobre os princípios e as características do mútuo bancário e do mútuo civil – capítulo primeiro –, percebe-se, em primeira mão, que o contrato de mútuo, dependendo do modelo a ser adotado, estará sujeito a regimes jurídicos diferenciados, ou seja, dependendo de qual será o seu conteúdo ou de quem serão os contratantes, as normas a serem aplicáveis poderão ser diferenciadas, cogentes ou não. Assim, passar-se-á à análise dos possíveis meios, doutrinários e jurisprudenciais, que possam viabilizar não a descaracterização de um tipo de mútuo pelo outro, como visto ilustrativamente neste tópico, mas uma aproximação normativa e principiológica entre ambos, ressaltando que, enquanto no mútuo civil prevalece uma maior liberdade e igualdade para se estabelecerem as cláusulas contratuais, no outro a prevalência dos contratos de adesão retrata uma perceptível vulnerabilidade de uma das partes contratantes; nestes há, entretanto, a presença de uma nítida influência constitucional não verificável, de pronto, naqueles.

²⁴¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Civil nº 6519284 – Relator Desembargador Joatan Marcos de Carvalho. Data de julgamento 27/04/2010, Data de Publicação: DJ: 476. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJPR/IT/AC_6519284_PR_1307583264512.pdf?Signature=rsoskw21r58WhEK9YXgeolHbXi4%3D&Expires=1376532994&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf. Acesso em: 14 de ago. de 2013.

3. MÚTUO CIVIL: SOBRE A INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA IDEIA DE ORDEM PÚBLICA

Um dos problemas enfrentados atualmente pelo estudioso do Direito Civil é o “*da compatibilidade entre as estruturas formais dos Códigos de modelo Clássico e o quadro social subvertido em suas bases e pressupostos culturais*”²⁴².

A afirmação de Orlando Gomes retrata as mudanças por que passam as sociedades e conseqüentemente as relações nas esferas individual e social. Está-se diante da tentativa de um “*compromisso entre a economia de mercado livre e a economia dirigida, na preocupação de combinar a liberdade individual com a direção estatal da economia*”²⁴³.

O presente capítulo abordará, reflexivamente, o contrato de mútuo ordenado pela legislação privada, com ênfase no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, tendo como parâmetro a constitucionalização do Direito Civil sob a ótica da ordem pública e, ressaltando os aspectos essenciais do contrato de mútuo, atrelado à compatibilidade das estruturas formais do Código de modelo clássico com as realidades econômicas, sociais e políticas da sociedade brasileira. Sugerem-se, ainda, meios para o debate sobre a necessidade de reformulação do modelo de contrato de mútuo civil, com o fito de promover mecanismos que possam aproximá-lo do mútuo bancário, que apresenta feições nitidamente constitucionais, mesmo porque, no momento atual, consoante afirmação de Arnaldo Wald, o Código Civil reflete “*o espírito da Constituição, se afasta do liberalismo tradicional para estabelecer imperativos do mercado e as necessidades sociais que se consubstanciam nas normas jurídicas*”²⁴⁴.

²⁴² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Ed. 11. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 25.

²⁴³ Idem, *ibidem*, p. 25.

²⁴⁴ WALD, Arnaldo. *O Código Civil brasileiro no contexto dos sistemas de Direito Comparado*. In: *Experiências do Direito*. Coordenação de Miguel Reale, Miguel Reale Júnior e Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium Editora, 2004. p. 80.

3.1 ORDEM PÚBLICA

Enrique Jimenez Asenjo, ao procurar responder o “que é ordem pública”, se manifesta no sentido de que “La idea es tan simple que basta enunciarla para comprenderla, aunque no se defina. Es, además, tan fundamental que forma parte del patrimonio de los elementares principios con que se gobierna la humanidad”²⁴⁵.

Embora pareça simples, como apregoa Asenjo, a ordem pública, não só no Brasil como em geral, é de difícil enquadramento, já que “*em conceituação abrangente, resulta, muitas vezes, em impasses difíceis de serem contornados*”²⁴⁶, ou seja, existe uma dificuldade que paira sobre o tema, primeiro porque existe uma certa ambiguidade e às vezes uma vagueza no termo. Estabelecer um conceito, então, é muito mais difícil, todavia, a doutrina apresenta alguns indicadores que nos levam a indagações reflexivas – é bom que se diga –, acerca da questão.

Entretanto, levando em conta os demais autores consultados, adianta-se que a “ordem pública”, em sentido amplo, pode ser entendida como um conjunto de princípios éticos, econômicos, morais, políticos e jurídicos que regem a convivência social, tendo em vista o interesse público. Esses princípios, por seu turno, estariam a influenciar na formação das normas de ordem pública.

A ordem pública, ademais, apresenta duas facetas, a internacional e a interna. Aqui preocupar-se-á com os aspectos da ordem pública interna, já que para o presente estudo esta se apresenta mais afeita à orientação do enredo preestabelecido do que àqueloutra.

²⁴⁵ ASENJO, Enrique Jimenez. *Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961. p. 13.

²⁴⁶ STRENGER, op. cit., p. 954.

3.1.1 Desambiguação dos termos

Quando se relegam a um segundo, mas não ignorado, plano, os princípios que anteriormente se impunham peremptória e imperativamente – *v. g.*, autonomia da vontade e força obrigatória dos contratos, para enfatizar os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, aliados às matérias de ordem pública e dos bons costumes, todos com forte carga de ambiguidade e tidos como limitadores da liberdade de contratar –, está-se, em verdade, estabelecendo uma diretriz ordenadora de comportamentos, visando coibir transgressões à celebração de um contrato equânime.

Para contextualizar o que acima se afirma, traz-se ao texto, a título exemplificativo, as afirmações de Irineu Strenger, para quem

“A ordem pública, não só no Brasil com em geral, sendo dificilmente enquadrável em conceituação abrangente, resulta, muitas vezes, em impasses difíceis de serem contornados.

O grande mal que afeta a ordem pública como instituição jurídica é sua forte conotação social e política. Muitas vezes a ordem pública, ao ser aplicada, resulta de expressões tanto vagas quanto imprecisas inseridas na lei, e que comportam diversidade de interpretações muitas vezes de índole subjetiva.”²⁴⁷

Nesse ponto, faz-se de bom alvitre a reprodução do alerta feito por Alysson Leandro Mascaro, ao tratar das lacunas do direito, para o fato de que:

“O Estado, por demandas estruturais das contradições sociais, obriga-se a responder os mais variados tipos de problemas e relações jurídicas. Como na prática o ordenamento não prevê tudo, o jurista passa a desenvolver ferramentas que auxiliam a alcançar, na prática, o que a realidade normativa estatal não fornece.”²⁴⁸

Dessa forma, em tom reflexivo, pode-se afirmar que a ambiguidade dos termos, não só da ordem pública, como apregoada por Strenger, amplia, em grande medida, a possibilidade de atuação do Judiciário. No caso concreto, especialmente no

²⁴⁷ STRENGER, Irineu. *Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais*. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e contratos: serviços e circulação. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 6. p. 953.

²⁴⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. 2. São Paulo: Atlas, 2011. p. 145.

enfrentamento e face à rapidez com que o fim econômico das relações tenta impor-se sobre as cláusulas contratuais, essa atuação é fundamental, do mesmo modo que ocorre a invocação desses termos quando erigidos a princípios gerais de direito.

Percebe-se que o termo “ordem pública”, mesmo quando não se apresenta, *prima facie*, como princípio específico, como princípio geral do direito ou como cláusula geral²⁴⁹ – por não fornecer significação estanque –, auxilia e concede aos aplicadores do direito, seus operadores e jurisdicionados, uma possibilidade de enfrentamento aos desatinos contratuais, sem a necessidade de aguardar a morosa atuação do legislador na criação de medidas legais que visem sanar discrepâncias contratuais criadas pelo imprevisível sistema financeiro-político-social. Ou seja, a ambiguidade²⁵⁰ dos termos, embora nociva aos estudos e às pesquisas científicas, serve, aqui, como fiel amparo nos momentos de infortúnio, isto é, concede ao contratante que se sentir “lesado” a guarida necessária ao restabelecimento da relação contratual justa e equânime.

A reflexão aqui proposta não é nova, já foi enfrentada, mesmo que sob outro enfoque, pela doutrina. Segundo Genaro R. Carrió, a linguagem natural, utilizada na elaboração de normas jurídicas, opõe-se à linguagem formalizada, que apresenta termos absolutamente precisos e inequívocos²⁵¹.

²⁴⁹ Fabio Ulhoa Coelho considera a boa-fé objetiva e a função social como cláusula geral do direito contratual. “As cláusulas gerais são normas jurídicas vazadas em um ou mais conceitos vagos destinados a deixar em aberto a questão dos exatos contornos do seu âmbito de incidência. O elaborador da norma, diante da alta complexidade do fato a regular, intencionalmente emprega expressão dotada de vagueza, de modo que o juiz possa nortear-se mais confortavelmente por ela na solução dos conflitos de interesse.” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos*. Ed. 3. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 3. p. 30 e 31.

²⁵⁰ “Ambiguidade, uma forma fonológica (ou ortográfica) que tem vários significados (sentidos, caracteres, representações semânticas), fixada pelo sistema de linguagem. A ambiguidade lexical ocorre quando são atribuídos pela linguagem múltiplos significados a um item léxico (palavra)”. AUDI, Robert. *Dicionário de filosofia de Cambridge*. Tradução João Paixão Netto; Edwino Aloysios Royer et al. São Paulo: Paulus, 2006. p. 21. “... a ambiguidade é um erro formal, que ocorre, de preferência, no processo dialético, caracterizando-se pela diversidade de sentido ou de significado atribuído às palavras [...] A ambiguidade é a associação de um número finito de significados alternativos com a mesma forma fonética [...] Termo ambíguo é o que apresenta certo número de significados alternativos, com a mesma estrutura fonemática. Na linguagem jurídica, o termo ambíguo é uma dificuldade à interpretação”. FRANÇA, Limongi (Coordenador). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 324 a 326.

²⁵¹ CARRIÓ, Genaro R. *Algunas palabras sobre las palabras de La Ley*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971. p. 13

Carrió admite, ainda, que “*los lenguajes naturales contienen expresiones ambiguas*”²⁵², e corrobora, em parte, a presente reflexão, ao afirmar que “*esto quiere decir que una misma palabra, em tanto fonema o grafismo, puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada...*”²⁵³. Nesse mesmo sentido a afirmação de Alf Ross de que “*... expresiones diferentes pueden tener el mismo significado, así como la misma expresión puede, según las circunstancias, tener una diversidad de significados*”²⁵⁴.

Carrió vai além ao acrescentar que a linguagem natural contém palavras vagas²⁵⁵ e exhibe textura aberta, a qual, com a vagueza apresentada pelas palavras, pode apresentar pontos de perplexidades ou desconcertos legítimos²⁵⁶.

Não deixa de ser verdade, mas, ao mesmo tempo em que podem causar perplexidades, as palavras podem também servir para interpretações, decisões, que veiculem alvissareira justiça. Aliás, crítica a termos ambíguos como, por exemplo, “dignidade da pessoa humana”, “ativismo judicial”²⁵⁷, “função social do contrato”, “bons costumes” e “ordem pública”, bem assim a conseqüente e necessária desambiguação solicitada pela ciência, deve ser sopesada e, em alguns casos, revista, pois que da ampla possibilidade de interpretação que os termos projetam, tornam-se, por si sós, de fundamental importância para suas existências, inclusive para o próprio ordenamento jurídico, daí a utilização da linguagem natural.

A apresentação de respostas céleres e adequadas aos problemas oriundos de uma sociedade em permanente transformação requer, muitas vezes, um maior teor de

²⁵² Idem, ibidem, p. 15.

²⁵³ Idem, ibidem, p. 15.

²⁵⁴ ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y La Justicia*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994. Disponível em: <<http://teoriageneraldelderecho122028.files.wordpress.com/2010/10/sobre-el-derecho-y-la-justicia-alf-ross.pdf>> Acesso em: 16 de jun. de 2013. p. 6.

²⁵⁵ CARRIÓ, op. cit., p. 18.

²⁵⁶ Idem, ibidem, p. 15.

²⁵⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial*. In: As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 387 e segs.

ambiguidade, de vagueza e de abertura nos termos, mesmo porque, como bem asseverou Carrió, *“Si hay zonas de penumbra es porque hay foco de luz”*²⁵⁸.

3.1.2 Princípio de ordem pública

Princípios, nos dizeres de Canotilho, *“são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas”*²⁵⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello, um pouco mais abrangente, assevera que princípio é o

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”²⁶⁰.

A ordem pública, pois, enquanto princípio, *“é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado”*²⁶¹, ou que, enquanto considerada como conjunto de princípios, reflete *“os valores fundamentais de uma sociedade. Estes valores, que se encontram na sua base, sofrem modificações conforme o tipo de sociedade”*, o lugar e o tempo, e de maneira geral encontram-se associados aos aspectos sociais, econômicos, morais e religiosos dessa sociedade²⁶².

²⁵⁸ CARRIÓ, op. cit., p. 26.

²⁵⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1.255.

²⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. 11. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 545 e 546.

²⁶¹ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. Ed. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 386.

²⁶² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 239.

Tendo em vista o fito erigido no presente contexto, é de se ressaltar que ordem pública, como tal, coaduna-se às palavras de Caio Mário da Silva Pereira, quando este trata de direito público. *Ad litteram*:

“... uma classificação mais rigorosa não pode omitir os chamados *princípios de ordem pública*, da maior repercussão na vida social. Não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece entre os particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo. Seu campo de ação é o do direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes funda analogia com o direito público. Por isso se denominam *leis* ou *princípios de ordem pública*, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia”²⁶³.

Os princípios de ordem pública, consoante palavras de Roppo, “*pela sua própria natureza e função, não se esgotam no conjunto das normas imperativas da lei*”²⁶⁴, uma vez que “*aqueles fundam-nas e ao mesmo tempo transcendem-nas*”²⁶⁵, e, diferentemente, “*não poderiam desempenhar o seu papel institucional, que é o de cobrir operações contratuais não especificamente condenadas por uma norma imperativa, e todavia contrárias ao interesse da coletividade*”²⁶⁶.

Para Enzo Roppo,

“Ordem pública é o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica, e que, por isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica.”²⁶⁷

²⁶³ PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil*. Ed. 22. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007. V. I. p. 18.

²⁶⁴ ROPPO, op. cit., p. 180.

²⁶⁵ Idem, ibidem, p. 180.

²⁶⁶ Idem, ibidem, p. 180.

²⁶⁷ ROPPO, op. cit., p. 179.

Muitos dos princípios de ordem pública, aplicáveis inclusive aos particulares, encontram-se enumerados na Constituição, de tal sorte que, uma vez desrespeitados “os contratos ou as cláusulas contratuais que prejudicam bens ou valores fundamentais do indivíduo”, configurada estaria a ofensa à ordem pública²⁶⁸.

3.1.3 Matéria de ordem pública

Além de entendê-la como princípio que se aplica a diferentes ramos do direito e de apresentar feições universais, Ricardo de Carvalho Aprigliano chega à conclusão de que

“... a ordem pública também se constitui num plano mais concreto, como um conjunto de regras, que justamente procuram dar cumprimento ao princípio mais geral da ordem pública. Tais regras apresentam elementos centrais, que são a existência de interesse público marcante, cogência absoluta e a imperatividade destas normas, do que resulta a impossibilidade de transação ou de qualquer ato de disposição a seu respeito, ressalvada a expressão meramente econômica de tais conteúdos. Para identificar a presença da ordem pública, será sempre necessário investigar a presença destes elementos”²⁶⁹.

Roberto de Ruggiero, por seu turno, entende que ordem pública “dita todas as normas coativas do país, sejam imperativas ou proibitivas, são todas aquelas que não tenham caráter meramente supletivo ou dispositivo, ou seja, têm império absoluto e coativo sobre os cidadãos e às quais não se admite derrogação”²⁷⁰; ou, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “é o conjunto de normas que regulam os interesses fundamentais do Estado ou que estabelecem, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica ou social”²⁷¹; enquanto que Cláudia Lima Marques as concebe como meio para estabelecer “valores básicos e fundamentais de

²⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 180.

²⁶⁹ APRIGLIANO, op. cit. p. 239.

²⁷⁰ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1999. V. 1. p. 254.

²⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. Ed. 6. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. p. 33.

*nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através dos contratos*²⁷².

O que se percebe, tendo em conta a vasta abstração que se faz das normas de ordem pública, é que o que determinará a natureza dessas normas “*não é o tipo de matéria tratada pela norma, ou sua hierarquia, mas seu conteúdo específico, que deve ser comparado aos valores fundamentais da sociedade, em determinado tempo e lugar*”²⁷³.

Clovis Bevilacqua atenta, demais, para o fato de que:

“... a lei, umas vezes, impõe-se como preceito rigoroso, submetendo ao seu império a vontade dos particulares; outras vezes, estabelece apenas, as normas que têm de vigorar na ausência de declaração da vontade dos interessados. No primeiro caso, temos leis de ordem pública, leis rigorosamente obrigatórias, leis coativas; no segundo, as leis são supletivas e permissivas”²⁷⁴.

3.1.4 Ordem pública como limitação à autonomia da vontade

O conceito de liberdade contratual é determinado pela época em que é concebido, pois a formação e a interpretação dos aspectos que lhe são atribuídos têm forte apelo moral e econômico, razão pela qual o conceito de liberdade contratual venha sofrendo tantas alterações ao longo do tempo²⁷⁵.

A par disso, considere-se que houve, durante o período inicial da evolução contratual, a prevalência da autonomia da vontade para a formação do contrato, todavia, tal primado foi severamente contestado, já que muitas vezes eram

²⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.

²⁷³ APRIGLIANO, op. cit., p. 30.

²⁷⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas, SP: RED Editora, 2003. p. 8.

²⁷⁵ MOREIRA, op. cit. p. 13.

pactuados sob a hegemonia de somente uma das partes, enquanto a outra, em desvantagem, sucumbia às regras contratuais que lhe eram ditadas.

Decorrência direta desse quadro foi a constatação da *“imprestabilidade da velha força obrigatória e da intangibilidade dos contratos”*²⁷⁶, que tinha na liberdade contratual e na livre manifestação da vontade verdadeiros e inabaláveis dogmas. Visando debelar tais anomalias o Estado, por meio do legislador, lançou mão de meios com vistas a dirimi-las, suspendê-las, saná-las, remediá-las e até mesmo suprimi-las, tendo em vista os *“elevados interesses sociais”*²⁷⁷.

Assim é, pois, que o legislador se utiliza da argumentação da ordem pública, preponderantemente, para impor limitações, através de imposições *“que visam proporcionar equilíbrio entre agentes que, por suas condições sócio-econômicas e culturais, estão em desigualdade quando celebram negócios jurídicos”*²⁷⁸.

Silvio Rodrigues adverte, ademais, para o fato de que *“as leis contendo preceitos de ordem pública, limitadoras na liberdade de contratar”*²⁷⁹, se contam às dezenas. Tal proliferação de normas, a serem observadas na formação dos contratos, especialmente nos contratos de mútuo, é sentida de forma sintomática, além do que, as limitações, como efeito da multiplicação de normas cogentes, decorrem de implicações técnicas decorrentes da atuação direta do direito ao caso específico²⁸⁰.

3.1.4.1 Norma cogente

O direito privado, hoje, tem como característica o predomínio de

²⁷⁶ FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 21.

²⁷⁷ Idem, *ibidem*, op. cit., p. 21.

²⁷⁸ SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris: 1999. p. 36.

²⁷⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 19.

²⁸⁰ GOMES, op. cit., 1995. p. 267.

“... normas dispositivas, de maneira que a grande maioria delas, principalmente no terreno das obrigações, só incide se a convenção das partes não dispuser de modo diverso. No entanto, sempre existiram dentro do Direito Civil certas regras que, mesmo se destinando a reger relações privadas, não entram na esfera de livre disponibilidade dos sujeitos das relações jurídicas civis. São normas cogentes, cujo conteúdo é considerado de ordem pública”²⁸¹.

Pontes de Miranda, ao abordar a lei e a constituição do negócio jurídico, assevera que *“quando nada pode a vontade dos figurantes, ou do figurante único, há cogência da lei (ius cogens)”*²⁸². Quanto à concepção do que vem a ser norma cogente, assim se expressa:

“Diz-se da norma da imperatividade absoluta ou impositiva, também chamada de ‘ordem pública’, porque ordena ou proíbe alguma coisa de modo absoluto, sem admitir qualquer alternativa, vinculando o destinatário a um único esquema de comportamento, por tutelar interesses fundamentais.”²⁸³

A norma imperativa é ao mesmo tempo coativa, ou seja, *“É a norma obrigatória, a cujo mando ninguém se pode furtar”*²⁸⁴; esse *“caráter imperativo da norma significa imposição de vontade e não mero aconselhamento”*²⁸⁵.

Maria Helena Diniz, didaticamente, classifica as normas imperativas em absolutas ou relativas. Assim, pois, as

“... de *imperatividade absoluta* ou impositivas, também chamadas absolutamente cogentes ou de ordem pública. São as que ordenam ou proíbem alguma coisa (...) de modo absoluto. São as que determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer alternativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta”²⁸⁶.

Diniz afirma, também, que:

²⁸¹ GOMES, op. cit., 1995. p. 26.

²⁸² MIRANDA, op. cit., 1954. Tomo 3. p. 45.

²⁸³ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Ed. 2. Rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1. p. 762.

²⁸⁴ SILVA, De Plácido e. *Dicionário Jurídico: edição universitária*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. V. III e IV. p. 250.

²⁸⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. 21. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 85.

²⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. Ed. 20. ed. Rev. e aum.

de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1. p. 34.

“A imperatividade absoluta de certas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade. Existem relações humanas que pela sua grande importância são reguladas, taxativamente, em normas jurídicas, a fim de evitar que a vontade dos particulares perturbe a vida social. As normas impositivas tutelam interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum, por isso é que são também chamadas de ordem pública”.²⁸⁷

Entretanto, para os aspectos das normas cogentes e imperativas, de ordem pública, que se busca visualizar na presente dissertação, tem-se que as mesmas, em muitos casos, são vistas sob diferenciados prismas.

“De fato, a ordem pública pode ser verificada sob diferentes enfoques, em distintas disciplinas jurídicas. Em cada uma delas, o conceito e as consequências do reconhecimento da matéria de ordem pública podem variar significativamente, pois é diverso o enfoque que cada disciplina confere a este relevante e universal instituto.”²⁸⁸

A par disso, registre-se, sem querer fugir às classificações ditadas pela doutrina e sem querer, peremptoriamente, impor uma nova classificação, as regras, em termos práticos, seriam de dois tipos: as “gerais” e as “específicas”. As específicas seriam as que regulam o contrato de mútuo de maneira absoluta, normas que só se aplicam ao mútuo, enquanto que as gerais se aplicam a todos os contratos, indo para além dos contratos meramente civilistas.

3.1.4.2 Normas cogentes gerais

As mudanças promovidas pelo Código Civil de 2002, já em consonância com a nova ordem contratual, pelo menos no que diz respeito aos contratos clássicos, aqui incluído o mútuo, fizeram a ingerência pública, sobre estes, mais contundente do que o que anteriormente se previa. Entretanto, o tratamento dado ao contrato que

²⁸⁷ Idem, *ibidem*, op. cit., p. 35.

²⁸⁸ APRIGLIANO, op. cit, p. 5.

caracterizava o mútuo, em especial o mútuo feneratício, já se fazia sentir pela atuação da ordem pública muito antes de essa nova ordem vir a estabelecê-lo.

A esse respeito, Arnaldo Wald asseverava que:

“Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir pelo combate à usura, proibindo às leis medievais as diversas formas de agiotagem.”²⁸⁹

Sob essa visão, observa-se que a intervenção do público no até então intocado contrato privado, em razão, à época, da usura, agora é muito mais intensa, pois que, com a dicção dada a muitos dispositivos do Código Civil de 2002 e de normas do Código de Defesa do Consumidor, a ingerência do público sobre o privado se tornou maior. daí porque os contratos constituídos sob a égide destes sofrem o impacto direto das matérias de ordem pública, decretadas que são “*no interesse da própria coletividade*”²⁹⁰.

3.1.4.3 Normas cogentes específicas

As normas cogentes, aqui denominadas específicas, como dito anteriormente, são as dispostas na Seção II do Capítulo VI do Código Civil de 2002, artigo 586, seguintes²⁹¹ e demais que lhes circundem. Tem-se, pois, que as regras aí

²⁸⁹ WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 185.

²⁹⁰ GONÇALVES, *op cit*, p. 437.

²⁹¹ “Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

Art. 588. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores.

Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente:

I - se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente;
II - se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais;

enumeradas apresentam não só imperatividade absoluta, como inicialmente abordado, mas também imperatividade relativa²⁹², *verbi gratia*, as disposições previstas nos incisos do art. 589 do Código Civil, as quais excetua a hipótese de não se poder reaver o mútuo realizado ao menor e ao seu fiador.

No mútuo bancário, por outro lado, tem-se que as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor comportam o teor de imperatividade por força da dicção de seu artigo 1º, ou seja, este dispositivo afirma ser esta uma

“... lei de ordem pública e de interesse social. Esta característica da lei, intuitivo, tem seu fundamento na origem da norma, qual seja, o direito fundamental a uma ação positiva normativa do Estado. Configura-se a norma infraconstitucional, pois, na realização da prestação normativa do Estado para proteção do titular do direito...”²⁹³.

Como o contrato de mútuo bancário apresenta uma aceção muito mais constitucional, a determinação do Código de Defesa do Consumidor, consoante seu artigo 1º, como lei “*de ordem pública revela um status diferenciado à norma que,*

III - se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças;

IV - se o empréstimo reverteu em benefício do menor;

V - se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.

Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:

I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para sementeira;

II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;

III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. *Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 de ago. de 2013.

²⁹² Maria Helena Diniz sobre o assunto faz a seguinte alusão: As normas “... de imperatividade relativa ou dispositivas, que não ordenam, nem proibem de modo absoluto; permitem ação ou suprem a declaração de vontade não existente”. Op. cit., 2003, p. 35. Já Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. 21. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 85, afirma que “... em relação às normas explicativas ou declarativas, conforme salienta Groppali, é menos fácil de se descobrir a imperatividade. Nesses casos esta característica existe na associação de duas normas, ou seja, na vinculação entre a norma secundária (explicativa ou declarativa) e a primária (objeto da explicação ou definição)”.

²⁹³ MIRAGEM, Bruno. *O direito do consumidor como direito fundamental*. In: *Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 2. p. 42.

*embora não a torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um caráter preferencial*²⁹⁴.

Neste ponto, é de se destacar que, vistas sob essa roupagem, as normas cogentes específicas do mútuo bancário têm uma conformação constitucional, pois oriundas, na sua origem, do disposto no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, e como tal devem ser aplicadas de ofício ou, em alguns casos (um pelo menos), apresenta-se como direito a ser invocado quando o consumidor se sentir lesado.

3.1.4.4 Reflexão pontual

Dos apontamentos acima enumerados, surge uma ponderação que leva à seguinte reflexão: no que diz respeito à imperatividade das normas cogentes ou normas de ordem pública nos contratos de mútuo, existiria uma distinção a ser feita entre a forma e a força de imposição dessa cogência? E, neste caso, estar-se-ia diante de um processo de flexibilização desse tipo normativo?

Como se viu, parte da doutrina considera essas normas como coativas, ou seja, mandam ou proíbem alguma coisa de maneira peremptória, não podem ser modificadas pela vontade das partes, nem podem deixar de ser aplicadas, devendo ser conhecidas de ofício.

Nessa passagem reflexiva, existe a necessidade de se estabelecer, aqui, e somente para o fim de ilustrar as abstrações que daí decorrem, uma distinção de ordem prática, qual seja, a de denominar o caráter de algumas normas de cogência “absoluta” e outras de cogência “relativa”.

Assim, tratar-se-á da cogência “absoluta” ou não das normas utilizadas para justificar a nulidade do negócio jurídico entabulado entre os contratantes, como, por exemplo, a nulidade por simulação em fraude à lei e a nulidade por usura, no âmbito

²⁹⁴ Idem, ibidem, p. 43.

do mútuo civil, e a nulidade das cláusulas abusivas e a hipossuficiência no âmbito do mútuo bancário.

Em termos técnicos, registre-se, o legislador excepcionou a norma de ordem pública que cuida da hipossuficiência ao estabelecer no Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso VIII, a possibilidade de inversão do ônus da prova, “quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele [consumidor] hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Para alguns²⁹⁵, a inversão do ônus da prova deve ser concedida, ou não, no momento da dilação probatória, o que configuraria a relativização da matéria de ordem pública veiculada pelo dispositivo.

Note-se que, tendo em conta uma melhor visualização e tendo como parâmetro as regras da prescrição e da decadência no processo civil, o que se percebe é que a norma não traz, aparentemente, *de per si*, um comando que se imponha de imediato, como ocorre com as normas processuais. É preciso, em primeiro lugar, provocar o judiciário; o juiz não as reconhecerá de ofício, se o processo não estiver bem instruído, será preciso influenciar e convencer o magistrado sobre as alegações, ou seja, mesmo que se as invoque, é necessário fazer prova dos fatos.

Isso pode estar ocorrendo, em grande parte, por causa do que acima se explicou, ou seja, “*verifica-se que cada disciplina jurídica possui seu próprio núcleo de regras e*

²⁹⁵ “Conclui, sem dúvidas, que a inversão do encargo probatório é regra de procedimento. É que sua prática envolve requisitos (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor) que devem ser ponderados em cada caso concreto”. Voto-vista vencido do ministro Humberto Gomes de Barros no Recurso Especial 422.778 / SP. Relator ministro CASTRO FILHO. DJ 27/08/2007). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 422.778*. Relator ministro Castro Filho. Data da Publicação 27/08/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200323880&dt_publicacao=27/08/2007. Acesso em: 10 de ago. de 2013. “No art. 6º, nº VIII, o CDC não instituiu uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei. (...) É certo que a boa doutrina entende que as regras sobre ônus da prova se impõem para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Mas, pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide. Assim, o art. 333 do CPC em nada interfere sobre a iniciativa de uma ou de outra parte, e do próprio juiz, enquanto se pleiteiam e se produzem os elementos de sua convicção. Todos os sujeitos do processo, no entanto, sabem, com segurança, qual será a conseqüência, no julgamento, da falta ou imperfeição da prova acerca dos diversos fatos invocados por uma e outra parte.” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 2. Ed. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 140 e 141.

*princípios fundamentais e em cada disciplina será também diferente a eventual constatação de violação à ordem pública*²⁹⁶.

Em outras palavras, enquanto que na prescrição e na decadência o juiz extingue o processo com julgamento do mérito, sem a necessária provocação das partes, nas normas que cuidam de algumas matérias de ordem pública, embora cogentes, elas só serão aplicadas após a provocação do juízo como, por exemplo, a Súmula 381 do STJ, que estabelece: *“Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas*”²⁹⁷. Tal Súmula sustém-se, segundo José Alcebíades de Oliveira Junior, por que tal matéria seria de iniciativa das partes e por versar sobre direitos patrimoniais; com o que o autor não concorda²⁹⁸.

Isso leva ao questionamento – sem maiores pretensões, que não a reflexão – de que existem normas cogentes “absolutas” e normas cogentes “relativas”, sendo que na aplicação das normas cogentes “absolutas” seria impossível qualquer maleabilidade na manifestação da vontade dos contratantes – muito embora a matéria de ordem pública tenha o condão de retirar *“da esfera de autonomia privada das partes a possibilidade de derogá-las*”²⁹⁹.

Tudo isso, aliado ao fato de que em muitos casos o estabelecimento de normas de ordem pública decorre da ambiguidade do termo, leva à abstração de que as normas cogentes, muitas vezes, cedem espaço a uma maior participação das partes. Isto, é claro, quando as próprias normas cogentes e “condicionantes” não sirvam de escape a uma maior seguridade da relação contratual.

Essas possibilidades que se abrem, no caso das normas cogentes “relativas”, estariam indo ao encontro do que preestabelece a aura que orbita a própria ciência

²⁹⁶ APRIGLIANO, op. cit., p. 5 e 6.

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381. Data da Publicação DJe 05/05/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=119>. Acesso em 23 de jul. de 2013.

²⁹⁸ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários*. In: Revista de Direito do Consumidor. Ano 21, vol. 84, out.- dez./2012. Coordenação de Cláudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2012. p. 142.

²⁹⁹ MIRAGEM, op. cit., p. 43.

jurídica? O caráter de transitoriedade e de mutabilidade constantes de suas disposições legais leva à consequente abstração de que as sociedades não permitiriam, no que tange às matérias jurídicas, o estabelecimento de verdades absolutas, mas, tão só, de verdades relativas, posto que aquelas, empreendedoras de dogmas, não se coadunariam com as permanentes transmutações e ebulições sociais, mesmo que de ordem pública?

Sem querer, de modo algum, extrair conclusões prematuras, os questionamentos apresentados, à primeira vista controversos, são dignos de atenção, pois inspiram ao observador reflexões de toda espécie, uma vez que, embora nas relações no mútuo bancário não impere o mesmo esquema legal civilista, já que existe a perspectiva de que prevaleça a ideia de a grande massa estar orientada unanimemente para uma direção, a interpretação dos contratos afeitos a esta área não pode deixar de observar o caráter cogente das matérias de ordem pública.

A esse respeito, pode-se dizer que, além da abstração proporcionada pelas normas cogentes “relativas”, estas pululam em maior abundância nos contratos de mútuo bancário do que nos contratos de mútuo civil. Assim, por exemplo, nos contratos bancários, as normas são em maior número do que aquelas destinadas a orientar o mútuo civil, mas, mesmo ali, ocorre o fenômeno da ambiguidade dos termos e da “relatividade” das normas cogentes, *v. g.*, o entendimento reiterado no Superior Tribunal de Justiça de que o pré-questionamento é requisito indispensável para a propositura do recurso especial, ainda que seja matéria de ordem pública³⁰⁰, ou seja, tem sua cogência “relativizada”.

Destarte, a “flexibilização” ou “relativização” da imperatividade e compulsoriedade das normas de ordem pública está se dando de maneira conjectural às suas ocorrências e ao ramo do direito ao qual está afeita, pois que, em alguns casos, sobrestadas a um incerto e ainda não concebido futuro.

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1338808 / MG - DJe 01/08/2013; AgRg no AREsp 303317 / SP - DJe 28/06/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1375270 / MS - DJe 28/06/2013; AgRg no AgRg no AREsp 232600 / SP - DJe 01/08/2013.

3.1.5 Ordem pública econômica de direção e ordem pública econômica de proteção

Ao abordar a ordem pública, a doutrina francesa, consoante afirmação de Eros Grau, faz uma distinção entre ordem pública econômica de direção e ordem pública econômica de proteção. *“A primeira tende a estabelecer uma certa organização da economia nacional, enquanto a segunda tem por fim proteger, em certos contratos, a parte economicamente mais fraca.”*³⁰¹

Grau observa, outrossim, que,

“Ainda que se oponha à ordem jurídica a ordem econômica, a última expressão é usada para referir uma parcela da ordem jurídica. Esta, então – tomada como sistema de princípios e regras jurídicas – compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social.”³⁰²

E mais, que as normas de ordem pública fazem parte da nova ordem econômica, que não se exaure no nível constitucional³⁰³, compreendendo, demais, *“princípios que traduzem os interesses fundamentais da sociedade relativos à sua ordem econômica e política”*³⁰⁴, de tal sorte, que *“todo contrato em oposição a esses princípios não pode ser válido”*³⁰⁵.

Em matéria econômica, a ordem pública, segundo Roppo,

“não consiste apenas em princípios que se dirigem, de modo indiferenciado, a todos os concidadãos; particular importância, no âmbito destes, revestem os princípios destinados a assegurar a proteção de determinados grupos ou classes sociais, tidos como merecedores de especial tutela sobretudo considerando a debilidade

³⁰¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Ed. 14. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 62.

³⁰² Idem, *ibidem*, p. 59.

³⁰³ Idem, *ibidem*, p. 73.

³⁰⁴ GOMES, op. cit., 2001. p. 156.

³⁰⁵ GOMES, op. cit., 2001. p. 156.

econômica e contratual que caracteriza a sua posição face à de outros grupos ou classes...”³⁰⁶.

Nesses casos, está-se diante de uma ordem pública de proteção, que constitui expressão e instrumento do interesse público e se fará, em tais ocasiões, “coincidir com o interesse de uma classe ou de um grupo social”³⁰⁷, como, por exemplo, dos consumidores contra as empresas produtoras e fornecedoras de bens e serviços.

Essa proteção funciona como um fundamento ético e se justifica pela forma como a lei a confere “à parte que, nas relações contratuais, se apresenta em situação de inferioridade econômica”³⁰⁸. Não se trata propriamente de intervenção do Estado nos contratos, pois esta fórmula, imprópria, segundo Vicente Ráo, poderia levar à concepção “de conceitos de participação, ou gestão, ou privilégio do Estado na ordem econômica”³⁰⁹, pois que a matéria é de natureza diversa. É o próprio ordenamento jurídico

“que semelhante proteção dispensa, através de normas cogentes, não para substituir os indivíduos pelo Estado, nem para atribuir a este a função de dirigir atividades econômicas individuais, ou grupais, mas para proteger, em determinadas relações, a parte economicamente mais fraca”³¹⁰.

3.2 O MÚTUO CIVIL E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO CONTEÚDO CONSTITUCIONAL

Muitos dos princípios de ordem pública, aplicáveis inclusive aos particulares no âmbito das relações de consumo, encontram arrimo na Constituição Federal, de tal sorte que, uma vez desrespeitados, ofenderiam à ordem pública constitucional. É

³⁰⁶ ROPPO, op. cit., p. 183.

³⁰⁷ ROPPO, op. cit., p. 183 e 184.

³⁰⁸ RÁO, Vicente. Ato jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. Ed. 4. Anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 213.

³⁰⁹ Idem, ibidem, p. 213.

³¹⁰ Idem, ibidem, p. 213 e 214.

sabido também que, consoante o que acima se expôs, as cláusulas contratuais bem como contratos que venham a prejudicar os bens e valores fundamentais do indivíduo ofendem à ordem pública.

Aparentemente, o conceito de “ordem pública” transcende as diretrizes estabelecidas na norma para abarcar princípios outros que não se encontram expressos na lei civilista. Assim, torna-se essencial para a compreensão das relações contratuais civilistas a influência dos valores constitucionais nessas relações. Com base nessa observação, analisa-se, a seguir, o que a doutrina denomina como “constitucionalização do direito civil”.

3.2.1 A constitucionalização do direito civil

Que o Código Civil tenha sido rebaixado hierarquicamente, em razão da adoção do sistema piramidal, não resta dúvida e não há controvérsias. Todavia, consoante palavras de Lucas Abreu Barroso,

“Convém, entretanto, não misturar o fenômeno da hierarquização do ordenamento jurídico com a ideia de constitucionalização do direito, que presume uma incidência dos efeitos da normatividade constitucional sobre os demais ramos jurídicos, podendo nesse itinerário assumir diversas formas e envolver diferentes atores.”³¹¹

Ocorre que, com a Constituição de 1988, *“a disposição no seu corpo normativo de princípios e regras explícitos e implícitos inaugurou uma fase de busca pela estabilidade do ordenamento jurídico, com primazia para os direitos fundamentais”*³¹².

O Estado liberal, como se sabe, estruturou-se sob a égide de Códigos Civis eminentemente privatistas, modelos que colimavam os interesses econômicos e a individualidade, prevalecendo a legalidade como dogma sedimentado, já que haviam

³¹¹ BARROSO, Lucas Abreu. *A teoria do contrato no paradigma constitucional*. In: Revista de Direito do Consumidor. Ano 21. Vol. 84. Out-dez./2012. Coordenação Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 152.

³¹² Idem, ibidem, p. 153.

se convertido na principal fonte do direito. Eram eles e não as constituições que fixavam “os princípios gerais do direito remetendo o texto constitucional para a categoria de uma simples ‘lei orgânica dos poderes políticos’³¹³”.

O Código Civil, contudo, perde, paulatinamente, sua aura de Constituição do direito privado. No contexto mundial, passa a se impor o novo paradigma do Estado Constitucional, que passa, assim, a definir princípios relacionados a temas que se reservavam ao Diploma Civilista e aos ditames da vontade, tais como a função social da propriedade e os limites da atividade econômica. Ou seja, matérias típicas do direito privado passaram a integrar a nova ordem pública constitucional³¹⁴, mais coletiva e com fins sociais elevados, delimitadora de uma nova era, mesmo porque, imbuído

“... de conciliar a ordem capitalista e as reivindicações sociais, motivo do abandono do caráter privatístico que caracterizava o modelo estatal anterior em proveito de uma configuração publicística, que acabaria por conduzir à formulação do conceito de constitucionalização do direito civil, com forte impacto nos tradicionais institutos da civilística, dentre os quais sobressai com significativo destaque o contrato”³¹⁵.

Tendo como base o modelo anterior, o do liberalismo, atribuía-se um valor maior à liberdade de contratar, e tal valor era fundamental na organização social e jurídica de então. Todavia, nos dias de hoje, a igualdade ganhou importância; a partir dela se constrói a intervenção do Estado na sociedade e é essa busca de igualdade material que “acarreta o declínio da concepção de Sociedade como um conjunto de indivíduos contratantes cuja lógica individualizada de interesses era equalizada pelo livre jogo do mercado”³¹⁶.

³¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 121.

³¹⁴ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. Disponível em: http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao_artigo=5. Acesso em: 24 de set. de 2013.

³¹⁵ BARROSO, Lucas Abreu., op. cit., p. 153.

³¹⁶ ROESLER, Cláudia Rosane. *Para compreender o papel da Constituição na teoria constitucionalista do direito: apontamentos a partir da teoria de Theodor Viehweg*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. Tema: Teoria Constitucional do Direito. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). São Paulo: ESDC, 2006. Nº 7. Vol. 2. Jan-Jun./2007. p. 310.

Em razão disso, consoante afirmação de Claudia Rosane Roesler, “o direito positivo tem agora como função a regulação de esferas sociais novas com vistas à promoção de determinados objetivos em termos de melhoria da qualidade de vida e/ou disciplina da atividade econômica”³¹⁷.

A Constituição Federal, consoante disposição do *caput* do artigo 170, ao deixar explícitos os princípios gerais atinentes à ordem econômica, permitiu “inferir que a existência digna, conforme os ditames da justiça social, seja mais que suficiente para delimitar a novel moldura do patrimônio na teoria do direito civil contemporâneo”³¹⁸.

Note-se, nesse contexto, que as atividades econômicas, em sua maioria, concretizam-se por meio de contratos, e sobre essas atividades, com fundamento no artigo 170 da Constituição Federal, incidem os demais princípios insculpidos no *caput* desse artigo, quais sejam, o da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, sem contar os preceitos inseridos nos incisos subsequentes do mesmo artigo, e que objetivam, no âmbito das atividades econômicas, a defesa de outros valores, tais como a função social, a liberdade de concorrência, a defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais³¹⁹.

Desse arcabouço principiológico é que deve surgir um novo conceito de contrato e César Fiúza, atento aos novos tempos, se aproximou dessa hodierna visão, ao expressar que

“Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais e coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.”³²⁰

³¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 311.

³¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 161.

³¹⁹ BARROSO, Lucas Abreu, *op. cit.*, p. 161.

³²⁰ FIÚZA, César. *Por uma definição da contratualidade*. In: O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Organização: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2007. p. 167.

Não se perca de vista tampouco que “a efetividade da Constituição projeta-se por todo o sistema/ordenamento jurídico”³²¹, acarretando a constitucionalização dos Direitos, já que “os princípios constitucionais são fontes permanentes de direito, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional como diretrizes, a produzirem uma orientação legal, sob pena de violar-se a própria Constituição”³²².

Sob esse enfoque, os princípios expressos no artigo 170 da Constituição estariam a direcionar não apenas o direito civil, mas o direito privado como um todo, de tal sorte que as garantias, os direitos fundamentais, regras e diversos outros princípios constituiriam a base jurídica do hodierno ordenamento jurídico, havendo de se falar, portanto, da “constitucionalização do direito privado”³²³.

Alie-se a isso, consoante dizeres de José Oliveira Ascensão, o fato de que a Constituição

“... consagra os princípios considerados nucleares numa ordem jurídica. Qualquer ramo do Direito tem assim um fundamento constitucional. Isso acontece necessariamente com o Direito Civil. Os grandes princípios respeitantes ao homem comum ganham assento constitucional.”³²⁴

³²¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Teoria da Constituição e a constitucionalização dos Direitos*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. Tema: Teoria Constitucional do Direito. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). São Paulo: ESDC, 2006. Nº 7. Vol. 2. Jan-Jun./2007. p. 196.

³²² Idem, *ibidem*, p. 196.

³²³ Mauro Roberto Gomes de Mattos assinala, a esse respeito, que “O Estado Constitucional como resultado/conseqüência da era moderna superou o Estado de Direito, alterando seu modelo da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, onde as garantias, os direitos fundamentais, regras e os seus princípios constituem a base da ordem jurídica como um todo”. Nesse contexto, houve a “constitucionalização do direito privado”, influenciado este também pelos princípios, pelas garantias e pelos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Essa talvez tenha sido a “grande prova da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico”, visto que as instituições privadas sempre foram resolvidas pelo Código Civil e legislação infraconstitucional esparsa, dissociadas dos institutos de direito público albergados na Constituição. Isso porque as instituições privadas informavam-se por conceitos costumeiros que sofriam o impacto dos interesses individuais nos quais prevaleciam os dispositivos do Código Civil brasileiro e da tradição, subordinados ao princípio geral da autonomia da vontade, que somente era limitada pelos preceitos de ordem pública, estabelecidos em prol da paz social. Hoje o Direito Civil não é o responsável pela posição do indivíduo frente ao Estado, por ser matéria regulada pela Constituição. Esta mudança de perfil do direito privado deve-se em grande parte aos direitos fundamentais inseridos na Constituição, “como elementos da ordem objetiva do processo de formação da unidade política e da atividade estatal”, com radiação imediata para a relação privada (HESSE, Konrad. *Op. cit. ant.*, p. 296). Idem, *ibidem*, p. 207.

³²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral: Introdução: as pessoas: os bens*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. V. 1. p. 24.

Em razão disso, é possível afirmar, por exemplo, e com base nos apontamentos de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, que a norma insculpida no artigo 421, função social do contrato, é uma norma de ordem pública e de interesse social³²⁵, que tem no conceito de contrato a ideia ligada ao de operação econômica; trazendo ínsita a noção de circulação de riqueza³²⁶. Todavia, há de se destacar que “*esta liberdade parcial de contratar, com o objetivo de fazer circular riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato*”³²⁷.

O casal de doutrinadores assevera ainda que a função social do contrato, enquanto cláusula geral, “é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa (CF 3º I)”³²⁸, mas há quem veja a função social como decorrência ou da função social da propriedade, artigo 5º, inciso XXII, combinado com o artigo 170, inciso III, da Constituição Federal, ou como fundamento da livre-iniciativa, consoante *caput* do artigo 170.

Segundo Nery Junior e Andrade Nery,

“As várias vertentes constitucionais estão interligadas, de modo que não se pode conceber o contrato apenas do ponto de vista econômico, olvidando-se de sua função social. A cláusula geral da função social do contrato tem magnitude constitucional e não apenas civilística.”

Tais ilações não se restringem à doutrina, reverberam, já, nos Tribunais³²⁹. Senão veja-se:

³²⁵ NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, op. cit., 2008, p. 500.

³²⁶ ROPPO, op. cit., p. 15 e segs.

³²⁷ NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, op. cit., 2008, p. 501.

³²⁸ Idem, ibidem, p. 501.

³²⁹ “Ademais, pela atual constitucionalização do direito civil, na qual as relações regidas pelo direito privado são norteadas pelas garantias fundamentais estabelecidas no art. 5º da CF, não há falar em elisão da responsabilidade das partes pelas condutas, comissivas ou omissivas, que impliquem violação, como *in casu*, a elementos essenciais que asseguram dignidade à pessoa humana”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1183378/RS. Relator Ministro mINISTRO Arnaldo Esteves Lima. Data da Publicação 01/03/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=constitucionaliza%E7%E3o+do+direito+privado&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

“Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam ‘de costas’ para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.”³³⁰

E ainda a afirmação da Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, de que

“As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.”³³¹

De tal sorte, mesmo que fundado na dignidade da pessoa humana, na função social da propriedade ou nos princípios que regem as relações econômicas, o contrato de mútuo civil, como de resto todo o direito civil, há de estar em sintonia com os nortes estabelecidos pela Constituição³³², se não como princípios a serem aplicados diretamente, então como princípios que informam a própria ordem pública a ser aplicada aos particulares via norma imperativa.

³³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1183378/RS. Relator ministro Luis Felipe Salomão. Data da Publicação 25/10/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=constitucionaliza%E7%E3o+do+direito+privado&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Relatora ministra Ellen Gracie. Data do julgamento: 11/10/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

³³² “[...] 2. O magistrado, ao aplicar a lei, não pode restringir-se à subsunção do fato à norma, ao revés, deve estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se dirige (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 3. O princípio da interpretação conforme a Constituição, ‘impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer; entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição (...)’ Luís Roberto Barroso in Direito Constitucional Contemporâneo, Saraiva, 2009, p. 301. [...] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 930596 / ES. Relator ministro Luiz Fux. Data da Publicação 25/10/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700469909&dt_publicacao=14/04/2010. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

O que se busca evidenciar, e isto será tratado com maior vagar no próximo tópico, é que, entre os princípios considerados essenciais, neste momento histórico, e que dão amparo à “ordem pública”, em manifesta relevância estão presentes os princípios constitucionais, ou seja, ao se aplicar a matéria de ordem pública ao caso concreto, restarão aplicados estes princípios, se não de maneira direta, ao menos de maneira reflexa, de tal sorte que, ao se invocar preceito de ordem pública – quando não reconhecidos de ofício –, estar-se-á invocando também os princípios constitucionais.

Assim, o contrato de mútuo civil – tal qual seu similar, mútuo bancário, em estado reflexivo –, estaria não apenas recebendo os eflúvios da Constituição, mas também irradiando-os.

3.2.2 Ordem pública como cláusula geral

Como se viu no tópico “Desambiguação de termos”, o caráter indeterminado da ordem pública é um problema ainda não solucionado e qualquer tentativa de defini-la restará no mínimo contestada, porém se pode, em traços gerais, delimitá-la.

Como se frisou, o legislador se vale muitas vezes de conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais – como “boa-fé”, “função social”, “bons costumes” etc. Isso permite, por exemplo, a adaptação do direito à evolução histórico-cultural, tendo em conta regras, princípios e valores extrajurídicos. Tem-se, daí, que alguns setores do direito, onde vigoram essas cláusulas, apresentam uma maior abertura.

Esses conceitos vagos, muitas vezes ambíguos, como a ordem pública e as cláusulas gerais, apresentam-se também como técnica legislativa que possibilita, inclusive, *“a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais”*³³³.

³³³ Judith Martins-Costa, ao analisar as cláusulas gerais, afirma que “os códigos civis mais recentes e certas leis especiais têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, não mais enucleando-se na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação puntual e pormenorizada de suas conseqüências. Pelo contrário, esses novos tipos de normas buscam a formulação da

Tendo por base o Código Civil português, Antonio Pedro Pinto Monteiro afirma que a ordem pública é, antes de tudo, uma cláusula geral, não sendo, todavia, suscetível de definição, e que tanto em Portugal como no Brasil não vem definida em lei; e nem poderia, já que é um conceito em branco, indeterminado e muitas vezes ambíguo³³⁴.

Apesar disso, mesmo que não seja possível uma definição, a ordem pública, enquanto cláusula geral³³⁵, impõe abstrações outras que se coadunam com o que neste trabalho dissertativo se procura evidenciar.

André Ramos Tavares, ao comentar sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entende que as “cláusulas gerais” serviriam como porta de entrada para os direitos fundamentais e que, se a Constituição do Brasil não previu a vinculação dos particulares, também não a proibiu expressamente³³⁶.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº. 201819/RJ, citando a jurisprudência alemã, assevera que

“... se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não

hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, em vez de traçar punctualmente as hipóteses e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.” (p. 200); e que, “Por fim, viabilizam a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais. É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, estas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia. Com efeito, em alargado campo de matérias – notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos –, a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil, com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais, evita malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.” MARTINS-COSTA, Judith. *Direito Privado como sistema em construção*. In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 200 e 211.

³³⁴ MONTEIRO, António Pedro Pinto. *Da Ordem Pública no Processo Arbitral*. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_16975.doc. Acesso em: 06 de out. de 2013. p. 4.

³³⁵ Eliseu Jusefovicz afirma que “A ordem pública, designada normalmente pela doutrina como ‘cláusula geral’, está no nosso ordenamento há muito tempo, por meio do art. 17 da LICC, regra de Direito Internacional Privado que retira a eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública. Pelo Código Civil de 2002 ela passou a vigorar, expressamente, também nas relações internas, conforme designa categoricamente o parágrafo único do art. 2.035: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceito de ordem pública, tais como os estabelecidos por esse Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.” JUSEFOVICZ, op. cit., p. 340.

³³⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 487.

apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar. Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada, seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.”³³⁷

O ministro Celso de Mello, seguindo o voto do ministro Relator para o Acórdão, ministro Gilmar Mendes, se pronuncia no mesmo sentido, argumentando que

“É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações jurídicas – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõe, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.”³³⁸

Destaque-se que, no que tange à horizontalização dos direitos fundamentais, se existem divergências^{339 340} quanto a qual das possíveis vertentes teóricas estaria

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Relatora ministra Ellen Gracie. Data do julgamento: 11/10/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>. Acesso em: 21 de ago. de 2013. p. 597.

³³⁸ Idem, ibidem, p. 646.

³³⁹ A doutrina se refere à eficácia direta (ou imediata), derivada da teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que preconiza a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre os particulares; entretanto, existem outras derivações, dentre elas e com proeminente destaque, ao lado da que apregoa a eficácia direta, está a que defende a eficácia indireta, ou mediata. Este posicionamento, segundo Wilson Steinmetz, apresenta algumas características que o diferem daquele outro: “(i) as normas de Direitos Fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial), isto é, no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de Direitos Fundamentais não se processa ex constitutione, mas é operada e modulada mediatamente pelas (através de) normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do direito privado; (ii) a eficácia de Direitos Fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; (iii) ao legislador cabe o desenvolvimento ‘concretizante’ dos Direitos Fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; (iv) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de Direitos Fundamentais por meio de interpretação e aplicação de textos de normas interpretativas de direito privado (interpretando conforme os Direitos Fundamentais), sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais (e.g. ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito), isto é, devem fazer uso das cláusulas gerais, interpretando-as e aplicando-as em conformidade (‘preenchidas’, ‘informadas’, ‘influídas’) com os valores objetivos da comunidade que servem de fundamento às normas de Direitos Fundamentais ou com os valores que defluem dessas normas. As cláusulas gerais – por terem a função de

mais apta a aplicar os direitos fundamentais nas relações entre iguais, isso não é verificado quando o indivíduo ou a coletividade dispõem “*de poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos*”³⁴¹. De tal sorte que em determinadas situações, diante de uma maior ou menor vulnerabilidade a que estarão submetidos determinados valores, liberdades ou direitos, mais justificável se torna uma possível invocação e consequente aplicação dos direitos fundamentais às relações entre os particulares³⁴².

As normas de ordem pública, que cuidam dos contratos e que se aplicam ao mútuo civil, nesse contexto e antes de tudo, apresentam-se muitas vezes como cláusulas gerais³⁴³ a veicularem, é possível vislumbrar, direitos e garantias fundamentais, assim como outras cláusulas gerais existentes no Direito Privado, especialmente no Direito Civil, como as que cuidam da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

oportunizar e legitimar a introdução judicial de juízos valorativos, jurídicos (intra-sistêmicos) e metajurídicos (metasistêmicos), limitativos do princípio da autonomia privada do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais – serviriam como cláusulas de abertura para a ‘influência’ ou ‘irradiação’ dos direitos fundamentais no direito privado”. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo:Malheiros. 2004. p. 137-138. (Negritou-se)

³⁴⁰ O julgado do STF citado, Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, defende a aplicação da teoria da eficácia direta ou imediata, todavia, há quem se posicione contrariamente, como, por exemplo, André Ramos Tavares: “Realmente, com a eficácia direta e imediata corre-se o grave risco, especialmente no Brasil, de constitucionalizar todo o Direito e todas as relações particulares, relegando o Direito privado a segundo plano no tratamento de tais matérias. Como produto dessa tese ter-se-ia, ademais, a transformação do STF em verdadeira Corte de Revisão, porque todas as relações sociais passariam imediatamente a ser relações de índole constitucional, o que não é desejável. Mas, de outra parte, não se pode negar, em situações de absoluta omissão do legislador, que os direitos ‘apenas’ constitucionalmente fundados sejam suporte para solução imediata de relação privada”. TAVARES, op. cit., p. 487.

³⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 247.

³⁴² Robert Alexy, ao tratar do tema, afirma que “Para la pregunta de cómo influyen el sistema jurídico las normas de derecho fundamental habría una respuesta simple, si su influencia se limitara a relación Estado/ciudadano. En ese caso, la respuesta podría reducirse, en lo esencial, a decir que las normas de derecho fundamental influyen en el sistema jurídico al establecer, bajo la forma de derechos subjetivos frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, ciertas definiciones que afectan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Es fácil comprender que esta repuesta es incompleta. Como antes se ha expuesto, a los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, los derechos de protección frente a los conciudadanos y los derechos a determinados contenidos del derecho civil. Esto muestra que las normas de derecho fundamental tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la jurisdicción ordinaria civil.” ALEXYY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. 2. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 464.

³⁴³ Monteiro, op. cit., p. 4.

3.2.3 A ordem pública e a influência da constitucionalização do direito privado

Como dito anteriormente, o conceito de “ordem pública” transcende as diretrizes estabelecidas pelas normas, as quais, em sua feitura e em sua aplicação, devem englobar princípios outros que não se encontram expressos em lei, mesmo porque, como ensina Roppo, “*ordem pública é o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade*”³⁴⁴ e “*muitos dos princípios de ordem pública, aplicáveis, como tais, também aos contratos entre os particulares, encontram-se, assim, enunciados nos artigos da Constituição*”³⁴⁵.

Os contratos de mútuo bancário, em estreita sintonia com a Constituição, e, conseqüentemente, com os direitos fundamentais, criaram meios – decorrentes, em boa medida, das disposições principiológicas contidas no Código de Defesa do Consumidor – de respeitar esses direitos. Como, então, o contrato de mútuo civil se mantém afastado da irradiação desses princípios, já que, como o mútuo bancário, apresenta a mesma matriz?

Primeiramente, é preciso dizer que houve uma aproximação entre o *Codex* civilista e o de consumo, haja vista as disposições do artigo 421 do Código Civil de 2002 – que trata dos limites sociais da liberdade de contratar – bem como a introdução, nesse mesmo código, da Teoria da Imprevisão, sedimentada na cláusula *rebus sic stantibus*, que, como visto, atenua a força obrigatória dos contratos, consoante artigo 478 e seguintes, ao dispor sobre a resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Assim é, pois, que os interesses sociais dos contratantes deverão estar protegidos, mesmo porque os interesses sociais de relevo e que ultrapassam a esfera do indivíduo são fundamentais para a manutenção da nova ordem estabelecida. De tal sorte que, os reflexos na ordem contratual dos interesses privados são decorrência direta da incidência desses interesses sociais.

³⁴⁴ ROPPO, op. cit., p. 179.

³⁴⁵ Idem, ibidem, p. 180.

Também no contrato de adesão houve uma preocupação, por parte da codificação civilista, com a presumível condição mais fraca do aderente, cuidando de protegê-lo, conforme abstração que se faz dos artigos 422 e 423 do Código Civil. Por esses pontos, já se poderia cogitar da possibilidade de se afirmar que o contrato disciplinado pelo Código Civil teria, em parte, a mesma visão empreendida pelo Código de Defesa do Consumidor – o que não deixa de ser verdade. Todavia, quando se trata da aplicação subsidiária dos princípios que informam o código consumerista e dos princípios que decorrem do texto constitucional aos contratos civilistas, dentre eles o mútuo civil, a impressão que fica é outra. Não resta dúvida que o contrato, à luz do Código Civil, passou a integrar a ordem social, deixando de ser um ato de vontade, tão só e somente, no qual apenas as partes diretamente envolvidas participavam do negócio jurídico.

A autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos encontram-se suavizadas pela nova concepção de contrato. Este não é visto mais e apenas pelo ângulo da individualidade, mas sim, no sentido social e de modo que sirva à coletividade.

Assim, o mútuo civil, como qualquer outro contrato civilista, observadas as suas peculiaridades, tem por base, também, o princípio da ordem pública; este, por sua vez, abarca uma série de outros princípios, e suas diretrizes, quando não dispostas na legislação em forma de norma, advêm, dentre outras fontes, da legislação correlata e da Constituição Federal³⁴⁶.

Nesse sentido, é de se vislumbrar que a ordem pública,

“... enquanto conceito indeterminado aplicável ao direito interno, não tem como ser compreendida sem atenção ao que se convencionou denominar constitucionalização do direito privado, que se apresenta,

³⁴⁶ Em entrevista ao Jornal Carta Forense, datado de 02/12/2009, Luiz Edson Fachin afirma que “A relação entre contrato e ordem pública não é, portanto, um reflexo direto da vigência da codificação de 2002, mas, sim, de uma mudança estrutural beneplacitada pela arquitetura jurídica compreendida na dimensão substancial e prospectiva da Constituição de 1988”; e que “A ordem pública se refere ao conjunto de princípios que defluem direta ou indiretamente da Constituição, bem como às regras que visam a realizá-los, e que incidem sobre as relações contratuais. Não mais se pode compreender o ordenamento jurídico apenas a partir da dicotomia ou, mesmo, de uma distinção estanque entre o Direito Público e o Direito Privado. O caráter instrumental da distinção não diz respeito à estrutura do ordenamento jurídico, o qual é centrado na Constituição, que está acima de qualquer pretensão classificatória dessa natureza.” Jornal Carta Forense on-line. Entrevista. Contrato e Ordem Pública. Luiz Edson Fachin. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/contrato-e-ordem-publica/5001>>. Acesso em: 22 de ago. de 2013. s/n.

de modo destacado, através da denominada eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Não como ordem de conteúdo meramente negativo (de restrição da liberdade), mas, sobretudo, protetivo, promocional de interesses fundamentais da pessoa, razão pela qual se torna conformadora do exercício da autonomia privada³⁴⁷.

Note-se, também e reflexivamente, que o conceito de ordem pública, embora se apresente, à primeira vista, vago e ambíguo, não deixa dúvidas de que tem o condão de modificar as leis em razão do interesse social³⁴⁸ – para alguns, do interesse público³⁴⁹ –, e reflete, em sua significação, a natureza da situação, o local e o tempo de sua aplicação.

No caso do Brasil, a ordem pública, levando em conta a evolução de seu conceito, terá obrigatoriamente que observar os valores e princípios de seu tempo, que são encontrados, em sua maioria, dentro do texto constitucional atual. Assim, abstrai-se que, ao observar as matérias de ordem pública no âmbito do contrato de mútuo civilista, estar-se-á, reflexamente, observando não apenas os princípios constitucionais, como de resto os princípios que se aplicam ao mútuo bancário, já que decorrentes daqueles.

A ordem pública, assim, *“acaba incorporando a ideia de que os princípios de determinado ramo (do Direito privado, no caso) são, ao mesmo tempo, princípios gerais do Direito nacional, estes, abraçados pela Constituição”*³⁵⁰. Negar que a irradiação de outros princípios, que não os específicos, atinja o contrato de mútuo

³⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. *Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. In: Direito do consumidor: contratos de consumo. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 4. p. 235 e 236.

³⁴⁸ Maria Helena Diniz afirma que “Como sinônimo de ordem social, a ordem pública abrange todas as manifestações sociais relevantes, inclusive a soberania nacional e os bons costumes. A ordem social é relativa ao interesse geral da sociedade, regido por normas jurídicas, tradições, concepções morais e religiosas, ideologias políticas e econômicas, etc. A ordem social é o patrimônio espiritual do povo, por refletir hábitos, suas tradições, sua liberdade, suas ideias políticas, econômicas, religiosas, morais, seus direitos fundamentais em determinada época e lugar.” DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. Ed. 12. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 424.

³⁴⁹ APRIGLIANO, op. cit.

³⁵⁰ WEBERBAUER, Paul Hugo. *Sobre a influência da constitucionalização do Direito Privado na ideia de ordem pública internacional*. Periódico acadêmico semestral. Teresina – PI, v. 01, n. 01, Jul/Dez 2011. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/1079>. Acesso em: 04 de set. de 2013. p. 152.

civil é subtrair ao cidadão os amplos meios de proteção que o ordenamento lhe faculta.

Gustavo Tepedino, em sentido correlato, afirma que

“A relação entre direito civil e ordem pública, noções tradicionalmente tão díspares, que apenas se tangenciavam nos limites de seus campos de atuação, revela a irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. Com efeito, a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República.”³⁵¹

Se algo há que possa ser dito, a título reflexivo, é que o indivíduo possui, diante do Estado, não apenas direitos privados, mas também direitos públicos, tanto assim que o preâmbulo da Constituição Federal proclama, ao instituir o Estado Democrático, a sua destinação, qual seja, a de

“assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Assim, a ordem pública, abarcando os aspectos público e privado³⁵², serve “*para ampliar os horizontes do ordenamento jurídico, atualizando sempre a norma jurídica*”³⁵³, e, quando vista como razão pública – “razão”, aqui, tida como sendo “*a capacidade da sociedade em dispor as suas prioridades políticas, e é fundamental que sejam públicas, para se caracterizar a conveniência com o regime democrático*”³⁵⁴ –, assegura-se não apenas como destinação, conforme apregoadado no Preâmbulo da Constituição Federal, mas também como fundamento do Estado Democrático de Direito. Mesmo porque, consoante dizeres de Norberto Bobbio, “O

³⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. *Ordem Pública e relações jurídicas privadas*. In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletimcientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de2005/direito-civil-e-ordem-publica-na-legalidade-constitucional/at_download/file. Acesso em: 08 de out. de 2013.

³⁵² Idem, *ibidem*, s/n.

³⁵³ GOES, Gisele Santos Fernandes. Ordem pública e os papéis da Justiça do trabalho e Ministério Público do Trabalho. *Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 2, abr/jun 2011. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/25344>>*. Acesso em: 21 de ago. de 2013. p. 188.

³⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 188.

*Estado de Direito é o Estado dos Cidadãos*³⁵⁵, o qual, como tal, há de considerar na classe das normas de ordem pública “*as que governam e determinam os direitos de terceiros, como as regras relativas à cidadania*”³⁵⁶.

Ora, se as normas de ordem pública procuram observar as regras relativas à cidadania, poderão, com idônea propriedade, veiculá-las dentro de si mesmas, mesmo porque

“... a ordem pública mais evidente e mais intensa está localizada na Constituição, de maneira que jamais o legislador ordinário teria condições de invocar a vaga e imprecisa idéia genérica de ‘ordem pública’ para criar lei inferior com força de afastar direito ou garantia criado e consagrado pela Lei Maior”³⁵⁷.

Nesse ponto, é de se destacar que a cidadania que modela o Estado, que dá os contornos para a linha de pesquisa do presente trabalho dissertativo e cujas palavras iniciais se apresentam concisamente delineadas, será abordada no tópico final do próximo capítulo, já que muitas das disposições que a ela se referem ainda estão por ser analisadas.

³⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61.

³⁵⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Ed. 7. Rev. e atual. Por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 49.

³⁵⁷ THEODORO JUNIOR, op. cit., 2011. V. 1. p. 228.

4. CONTRATO DE MÚTUO: DIÁLOGO DAS FONTES SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA IDEIA DE ORDEM PÚBLICA E A NECESSIDADE DE APROXIMAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O capítulo que se principia tem como objetivo verificar o diálogo das fontes sob o prisma da constitucionalização do Direito Civil, tendo como ponto de referência não apenas a doutrina e as decisões emanadas dos Tribunais deste país – especialmente do Superior Tribunal de Justiça –, mas também a verificação da possibilidade de se estabelecer, ou não, o diálogo entre as normas de ordem pública de direito privado e que possam repercutir no âmbito do contrato de mútuo civilista, uma vez que o trabalho, como apresentado no capítulo anterior, enveredou-se também por esta trilha reflexiva.

4.1 O DIÁLOGO DAS FONTES

Os operadores do direito se veem, não raras vezes, diante de uma infinidade de comandos normativos que se apresentam em conflito ou em contradição e, para superar as antinomias que daí surgem e para encontrar respostas a elas, se valem dos critérios tradicionais – hierárquico, cronológico ou da especialidade; entretanto, esses critérios podem se apresentar insuficientes. Em outras circunstâncias, mesmo que esses métodos apresentem uma resposta jurídica tecnicamente correta, poderão levar a resultados que afrontam o ordenamento jurídico estabelecido, especialmente os preceitos constitucionais.

Cláudia Lima Marques, citando Erik Jayme, argumenta que *“em face do sistema atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um Direito com fontes legislativas plúrimas,*

*ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo*³⁵⁸.

Assim, num cenário de inúmeras fontes – pluralidade de leis, cada uma delas abarcando princípios e regras com características próprias e, por vezes, contraditórias – é que surge a Teoria do Diálogo das Fontes, que servirá para orientar o intérprete e também aplicador do Direito em busca de uma decisão afeita aos fundamentos constitucionais.

A teoria do diálogo das fontes pode ser entendida, assim, como uma maneira de enfrentamento que emerge dos conflitos entre as diversas normas, visando sua convergência, preservando-as, e fazendo com que coexistam ou convivam harmonicamente. É o que se denomina “coerência derivada ou restaurada”, em que se procura uma eficiência não só hierárquica, mas também funcional do sistema plural e complexo do hodierno direito³⁵⁹.

Nesse contexto, Erik Jayme alerta para o fato de que

“nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do *‘droit à la différence’* (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual, ou pós-moderna, é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser fluída, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas [...]”³⁶⁰.

Marques, concordando com tais afirmações, entende que, de fato, dificilmente se encontra nos dias de hoje a revogação expressa, pois que esta é substituída pela

³⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o CDC e o novo Código Civil*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. I. p. 644.

³⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. I. p. 707.

³⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 707.

incerteza da revogação tácita indireta, às vezes por meio da ideia de “incorporação”, como sucedeu com o artigo 2.043³⁶¹ do Código Civil, e assevera, ademais, que

“Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ‘ressistemizado’. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluído, mutável, complexo.”³⁶²

Trata-se, portanto, do cotejo entre diversas normas existentes, de duas pelo menos, que não tenham sido revogadas uma pela outra e que, aplicadas ao caso concreto, necessitarão de interpretações pontuais construídas por meio de uma abordagem sistemática. Não haverá, pois, anulação ou supressão de uma norma pela outra, mas coexistência, prevalecendo uma em relação à outra, no caso a ser considerado.

O presente trabalho cuida da análise do diálogo que se estabelece entre o CDC e o Código Civil. Como diz Marques, busca-se a visualização da possibilidade de coordenação sistemática dessas fontes, no lugar de conflito de leis; lembrando que o necessário e atual “diálogo das fontes permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva” à parte mais fraca na relação contratual, no caso, o consumidor³⁶³.

Marques destaca que são três os possíveis diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor – lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional –, e o Código Civil:

“1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se é uma lei central do sistema e a outra um microssistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade [...];

³⁶¹ “Art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.” BRASIL. *PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos.* Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 de nov. de 2013.

³⁶² MARQUES, *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes*, p. 708.

³⁶³ *Idem*, *ibidem*, p. 708 e 709.

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral da decadência pode ser usado para regular aspectos de casos de consumo se trouxer normas mais favoráveis ao consumidor [...];

3) há diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si – no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante) ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (direito dos juízes) alçadas em uma lei para a outra. É a influência do especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *Double sens* (diálogo de coordenação de adaptação sistemática)³⁶⁴.

Como se percebe, o CDC “*representa e representou uma considerável modificação no ordenamento jurídico brasileiro*”³⁶⁵, possibilitando, por meio de suas normas, a configuração de um sistema protetor, formado por diversas fontes que convergem e dialogam para proteger a parte mais fraca da relação à primeira vista, do consumidor, mas nada impede que se cogite da possibilidade de que este diálogo possa vir a proteger a parte mais fraca de uma relação contratual nos moldes civilistas.

4.1.1 O diálogo das fontes de ordem pública no âmbito do contrato de mútuo civil e a necessidade de aproximação com as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor

Uma vez superada a conjectura proposta no capítulo anterior, a de que as normas de ordem pública trazem em seu bojo reflexos de princípios e valores constitucionais, é de se destacar, também, a relação existente entre algumas

³⁶⁴ MARQUES, op. cit., 2005, p. 693 e 694.

³⁶⁵ Idem, ibidem, p. 706.

normas de ordem pública do direito privado de fulcro constitucional, as quais afetam diretamente o mútuo civil.

Como se viu no capítulo inicial, a usura é proibida sob todas as formas. Anteriormente, a fundamentação para sua proibição se encontrava em preceitos morais e religiosos, todavia, desde a transformação do país em Estado laico, em 1891, os valores e princípios que orientam tal matéria de ordem pública foram sendo substituídos. Não é possível afirmar de todo que o cunho moral ou religioso tenham desaparecido de uma vez, mas é sobretudo nos ditames constitucionais, especialmente no da dignidade da pessoa humana, que se deve encontrar respaldo para justificar a aplicação do Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, a Lei da Usura – anterior à Constituição de 1988, mas recepcionada como lei complementar –, àqueles contratos que apresentem prestações desproporcionais para uma das partes.

A Lei da Usura, nesse sentido, repercute nos contratos de mútuo civil, e a esse respeito Nery e Andrade Nery são assentes em afirmar que

“Constitui ponto que vem se tornando pacífico na doutrina e na jurisprudência, inclusive no Pretório Excelso, que em vigor continua a LU e que a chamada ‘taxa remuneratória’ ou ‘de expediente’, exigida, além dos juros de 12% ao ano e correção monetária, nos contratos de mútuo, afronta aquele diploma legal e, conseqüentemente, é inadmissível (RT 474/118). No mesmo sentido: RT 478/132, 473/117).”³⁶⁶

Sob a ótica de que as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais é que se traz ao presente enredo uma emblemática inversão de valores em nível prático dentro do ordenamento jurídico³⁶⁷.

³⁶⁶ NERY; ANDRADE NERY, op. cit., 2008, p. 598.

³⁶⁷ Maria Celina B. M. Tepedino afirma que “A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada. A transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista, empresarial (em uma palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, se tornam prioritários no âmbito do direito civil.” TEPEDINO, Maria Celina B. M.. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: Doutrinas Essenciais - Obrigações e contratos: princípios e limites. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 3. p. 270.

Como se sabe, a lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que cuida do bem de família, estabelece que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, não respondendo, excetuando as exceções previstas na própria lei, por “qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e neles residam”, consoante literal disposição do artigo 1º da citada lei³⁶⁸.

Tais preceitos, de ordem pública, incidem diretamente sobre os contratos de mútuo, pois, uma vez que o mutuário não restitua o bem fungível dado em mútuo, não poderá o mutuante, para reaver a coisa ou seu consectário em dinheiro, penhorar o imóvel bem de família. Nesse sentido é, pois, que a própria exceção que permite a penhora de imóvel hipotecado encontra óbice na jurisprudência³⁶⁹.

Tais exemplos são sugestivos de como a Constituição está entranhada no seio do direito privado; o Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, além do estigma constitucional que o circunda, traz consigo todo um microsistema de normas de ordem pública, conforme se depreende da leitura de seu artigo 1º, as quais são reclamadas não apenas pelo direito civil de maneira geral, mas também pelos contratos de mútuo inseridos em seu corpo.

Gustavo Tepedino, em alusão ao tema agora enfrentado, afirma, nesse sentido, que

³⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 270.

³⁶⁹ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA PESSOA JURÍDICA. IMÓVEL DE SÓCIO DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DA EMPRESA IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/1990, ART. 3º, V. EXEGESE. PRECEDENTE. QUESTÃO DE DIREITO. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO INCIDÊNCIA. BEM DE FAMÍLIA. ÚNICO BEM. RENÚNCIA INCABÍVEL. PROTEÇÃO LEGAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. I. Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/1990. II. A proteção legal conferida ao bem de família pelo mesmo diploma legal não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada *ex vi legis*. III. Temas que não envolvem o reexame de matéria fática, demandando apenas o correto enquadramento jurídico. IV. Agravo regimental improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp nº 1187442/SC. Relator ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 03.02.2011. DJe 17.02.2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=13766002&sReg=201000595230&sData=20110217&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de out. de 2013.

“A interpretação do Código Civil não pode, sob pena de se revelar desconforme à Constituição, excluir do âmbito de proteção do CDC os *consumidores contratantes*. Ao contrário, destinam-se os preceitos codificados a regular tipos contratuais que, quando inseridos em relações de consumo, avocam as disposições de ordem pública em defesa do consumidor. Só assim se caminhará para a superação de uma visão binária e dicotômica entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais, conferindo-se a máxima efetividade social ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor. Em uma palavra, os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que se pretende tutelar.”³⁷⁰

Nessa linha de raciocínio, e adentrando a Teoria do Diálogo das Fontes, o Conselho de Justiça Federal aprovou, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado de nº 167 nos seguintes termos:

“Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”³⁷¹

Não restam dúvidas de que o consumidor que estabelece um contrato de mútuo bancário recebe uma tutela constitucional especial em detrimento ao mútuo regulado pelo Código Civil. Prova disso é a presença dos consumidores no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 – artigo 5º, inciso XXXII³⁷² –, em harmonia com o que determina o artigo 48³⁷³ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

³⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*. In: Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1. p. 722.

³⁷¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal - III Jornada de Direito Civil – Enunciado nº 167. Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf. Acesso em: 13 de out. 2013.

³⁷² “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; [...]” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

³⁷³ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ato das Disposições

*básicos do CDC que afetam diretamente o novo direito obrigacional brasileiro: o da vulnerabilidade, o da confiança, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual*³⁷⁶.

A mesma autora sustenta, nessa linha, que “a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade ou equidade, visam à harmonia das relações civis em geral e das de consumo ou especiais”³⁷⁷.

Não há dúvida de que a aproximação principiológica existe³⁷⁸, e a convergência entre o CDC e o CC/2002 é vista como um fato bastante positivo. A convergência de princípios, sob a égide da Constituição Federal, garante, portanto, a abertura para o diálogo das fontes³⁷⁹.

³⁷⁶ Segundo Cláudia Lima Marques, o princípio da vulnerabilidade, o da confiança, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual afetariam o direito obrigacional da seguinte forma: “O primeiro tem reflexo direto no campo de aplicação do CDC, isto é, determina quais relações contratuais estarão sob a égide desta lei tutelar e de seu sistema de combate ao abuso. O segundo estabelece as bases da garantia legal de produtos e serviços, e possibilita a imputação de uma responsabilidade objetiva para toda a cadeia de fornecimento. O terceiro princípio é basilar de toda conduta contratual, mas aqui deve ser destacada a função limitadora da liberdade contratual. O quarto princípio tem maiores reflexos no combate à lesão ou à quebra da base do negócio, mas pode ser aqui destacada a sua função de manutenção da relação no tempo. Note-se que, à exceção do princípio especial da vulnerabilidade, que dá sustento à especialidade do CDC, os outros três princípios do CDC encontram-se hoje incorporados ao sistema legal do direito privado, pois presentes no novo Código Civil, [...]. Repita-se, pois, que, se o espírito do diálogo das fontes aqui destacado prevalecer, é necessário superar a visão antiga dos conflitos e dar efeito útil às leis novas e antigas! Mister é preservar a *ratio* de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes, concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente! A convergência de princípio e cláusulas gerais entre CDC e o CC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos na relação contratual. O desafio é grande, mas o jurista brasileiro está preparado”. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Hermam; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 52.

³⁷⁷ MARQUES, op. cit., 2005, p. 669.

³⁷⁸ Ruy Rosado Aguiar, ao decidir pela aplicação do CDC aos contratos regidos pela Lei 4.561/94, pois que entre incorporador e adquirente surge uma relação de consumo, se manifestou no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor “traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do Direito das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microsistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso o que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência. Introduzindo na relação obrigacional a prevalência da idéia da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa fé.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 80036 - SP. Relator ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data da Publicação 25/03/1995. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500608634&dt_publicacao=25-03-1996&cod_tipo_documento=3. Acesso em: 30 de out. de 2013.

³⁷⁹ MARQUES, op. cit., 2005, p. 669.

Além de possuírem os mesmos princípios, outro fator a propiciar o diálogo entre as fontes é a existência de muitas cláusulas gerais coincidentes³⁸⁰, as quais, vistas sob esse prisma, poderão beneficiar também o contratante do mútuo civil³⁸¹.

Adverta-se, entretanto, que o contrato de mútuo civil, muito embora seja de consumo pelos padrões civilistas, não se confunde com a relação de consumo estabelecida pelo CDC; e que, segundo Claudia Lima Marques, o Código Civil não faz menção a consumidores, apenas a consumo para destruição, e que não haveria normas tratando diretamente de consumidores no Código Civil; entretanto, ela admite que o Código Civil de 2002 *“traz também novos direitos dos consumidores”*³⁸², citando, ademais, algumas cláusulas gerais que poderiam complementar ou mesmo superar as normas do CDC, caso se apresentem mais favoráveis ao consumidor³⁸³.

Essa visão da autora, respaldada pelo artigo 7º do CDC, deixa margem a indagações que vão além da mera reflexão: como não se conseguiu enxergar nenhuma norma que tratasse diretamente dos consumidores nos dispositivos civilistas e, agora, em diálogo de fontes, elas se multiplicam? Isso poderia significar que as regras do Código Civil que agora são aplicadas em diálogo de fontes encontram-se ou encontravam-se subjacentes? Em ambos os casos, poder-se-ia chegar à conclusão de que o Código Civil, embora não traga consigo o aspecto da diferença apregoada por Marques, traz sim normas que podem vir a retratar relações de consumo.

Destaque-se, à guisa de consideração final, que o artigo 1º do CDC estabelece que as normas que o integram são de ordem pública e interesse social, enquanto que o artigo 7º frisa que os direitos previstos no Código Consumerista não excluem, dentre outros, os decorrentes da legislação interna ordinária. Diante de tais observações, e em tom reflexivo, é possível afirmar que, se as normas do Código Civil forem, em diálogo de fontes, aplicadas para favorecer a parte mais fraca numa relação de

³⁸⁰ Idem, ibidem, p. 672.

³⁸¹ Idem, ibidem, p. 672.

³⁸² Idem, ibidem, p. 692.

³⁸³ Idem, ibidem, p. 692.

consumo, ou elas serão de ordem pública ou terão caráter de ordem pública, pois que no sistema consumerista todas as normas são de ordem pública por força do artigo 1^a, de tal sorte que a norma a ser aplicada terá, forçosamente, de adquirir esse contorno; no sentido inverso, o da “suscitada” aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos civilistas, o diálogo a ser feito, se vier a acontecer, conterà apenas normas de ordem pública.

Diante de tais evidências, uma questão surge: em casos semelhantes, o magistrado, diante da norma mais benéfica ao contratante, deveria aplicá-la de ofício, mesmo que *prima facie* não se apresente como matéria de ordem pública? Ao que tudo indica, sim. Entretanto, sob essas circunstâncias, poderia o magistrado aplicar qualquer dispositivo que julgasse pertinente, ao seu alvedrio, sem solicitação da parte contrária, o que poderia ofender o devido processo legal.

Ademais, nesse panorama, toda norma do CDC que se aplique para beneficiar os contratos feitos no âmbito civilista teria fundamentação constitucional. Assim, é de se questionar, também, se toda norma que se aplique aos contratantes consumeristas, vindas ou não do Código Civil, deverá ter um fundo mínimo de constitucionalidade.

Vale notar que não será necessário apenas que seja matéria de ordem pública, como visto nos parágrafos anteriores, ela deverá apresentar também um fundo de constitucionalidade, pois, do contrário, não se coadunaria com o sistema consumerista. Lógico, tudo isso em tom conjectural e reflexivo.

4.1.1.1 A proteção dos hipervulneráveis: diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil

Outro fator que a doutrina utiliza para que o diálogo das fontes se materialize é o que prevê a proteção dos vulneráveis e, mais que isso, dos hipervulneráveis. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, a esse respeito, afirmam que

“A proteção dos vulneráveis pelo direito tem sua origem na identificação de diversos novos sujeitos mercedores de proteção

por se encontrarem em situação de desigualdade, construindo-se a partir daí, num sistema de normas e subprincípios orgânicos para reconhecimento e efetivação de seus direitos.”³⁸⁴

A proteção dos mais fracos, qualquer que seja a relação jurídica, respeitadas as prerrogativas constitucionais, abrange e atinge uma parcela bastante expressiva da sociedade. Incluem-se dentro dessa parcela de cidadãos as crianças, os adolescentes, os índios, os idosos, os estrangeiros e os portadores de deficiência.

Inúmeras leis regulamentam, hoje, as situações em que a vulnerabilidade se encontra agravada e para tutelá-la tem-se: o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), a Lei dos Portadores de Deficiência (Lei nº 7.853/89) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03).

Os hipervulneráveis, a todo momento, estão praticando os atos da vida civil, e as relações contratuais ocupam grande parcela do tempo de cada um deles, por isso o diálogo das fontes se justifica.

No que diz respeito ao contrato de mútuo, o Código Civil, em seu artigo 588, traz um preceito protetivo, de ordem pública, que *“objetiva amparar o menor inexperiente dos abusos de sua boa-fé, por parte de quem possa explorá-lo em negócios extorsivos”*³⁸⁵. Explica Caio Mário da Silva Pereira:

“Trata-se de um preceito protetor contra a exploração gananciosa da sua inexperiência. E foi o imaginado como técnica para impedir manobras especuladoras, mediante a punição do emprestador, que perderá a coisa mutuada se fizer o empréstimo proibido.”³⁸⁶

Assim sendo, o Diploma Civil reconhece a vulnerabilidade do mutuário, desde que configurada sua inexperiência, e a vulnerabilidade é um princípio de ordem pública com fincas explícitas no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º), tendendo a potencializar-se, pois, como se sabe, o Código Consumerista protege também a

³⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 125.

³⁸⁵ ALVES, op. cit., p. 535.

³⁸⁶ PEREIRA, op. cit., 1997, V. III, p. 219.

vulnerabilidade potencializada, consoante o que se depreende da leitura de seus artigos 37, § 2º e 39, IV³⁸⁷.

De acordo com o ministro Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal convocado,

“Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.”³⁸⁸

No entender de Claudia Lima Marques, tratar-se-ia de um verdadeiro diálogo estabelecido “entre valores constitucionais, de proteção de sujeitos vulneráveis nas suas relações privadas, a levar a uma verdadeira eficácia horizontal de direitos fundamentais, humanizando ou constitucionalizando o direito privado”³⁸⁹.

Assim, pois, a questão dos hipervulneráveis, ou se se preferir aqui, vulneráveis, é a porta de entrada para que os diálogos se estabeleçam, no âmbito do contrato de mútuo, mesmo porque, muito embora a regra do artigo 588 do Código Civil de 2002 só faça alusão ao menor³⁹⁰, existem outros relativa ou absolutamente incapazes

³⁸⁷ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. [...]”; “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; [...]” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 14 de out. de 2013.

³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931513/RS. Relator ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região). Data da Publicação DJe 27/09/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700451627&dt_publicacao=27/09/2010. Acesso em: 14 de out. de 2013.

³⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*. In: *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. Coordenação de Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 41.

³⁹⁰ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao abordar o tema envolvendo menor absolutamente incapaz, entendeu que “Em interpretação sistemática, deve-se atentar para o disposto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, sendo a autora absolutamente incapaz não corre prazo prescricional contra ela, segundo artigos 3º e 198, inciso I, ambos do Código Civil. Segundo, a prestação de serviços de administração de imóveis submete-se às diretrizes do Código de Defesa do Consumidor - CDC, o qual disciplina no artigo 27 que o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos. Seja por um caminho ou por outro, o direito da autora deve ser preservado.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJ-DF – Apelação Cível: APC 20100710376975 DF 0037258-08.2010.8.07.0007. Relator Desembargador Alfeu Machado. Publicação no DJE 09/07/2013. p. 72.

elencados no Código Civil que se enquadram, se não como hipervulneráveis, pelo menos como vulneráveis, no âmbito das relações paritárias da Lei Civilista.

Claudia Lima Marques pondera, nesse sentido, que

“Parte da doutrina critica o Código Civil de 2002, por ter norma pouco conectada com a realidade brasileira, mais complexa e diferenciada, em especial pelo caráter “regulamentar” de suas regras até mesmo quando procura proteger os mais fracos, como nas referentes às crianças (art. 3º, I), aos incapazes (arts. 3º e 4º), aos pródigos (art. 4º, IV), aos agentes distribuidores (art. 720), aos prestadores de serviço analfabetos (art. 595) e à entidade familiar (art. 1.711 e ss.), para citar algumas. De qualquer maneira, é inegavelmente um código mais social e com cláusulas gerais que permitem uma concretização do direito privado bem mais solidária, funcional e protetiva do que o anterior.”³⁹¹

A vulnerabilidade reclamada pela doutrina, nesse sentido, é reconhecida pelo ordenamento jurídico. Exemplo disso é dado pela medida provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, que estabelece a possibilidade de inversão do ônus da prova em contratos usurários, reconhecendo, demais, em seu artigo 1º, inciso II, a nulidade dos negócios jurídicos em que se estipularem juros usurários à parte em situação de vulnerabilidade. Tal vulnerabilidade poderia ser reconhecida inclusive aos contratos de mútuo civil, se feita uma análise mais atenta dos incisos I, II e parágrafo único do mesmo artigo 1º³⁹².

Em julgado de 2005, Recurso Especial nº 722600/SC, que teve como fundamento a MP 2.172-32/01 e cuja relatoria coube à ministra Nancy Andrighi, reconheceu-se

Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23665367/apelacao-civel-apc-20100710376975-df-0037258-0820108070007-tjdf>. Acesso em: 19 de out. de 2013.

³⁹¹ MARQUES; MIRAGEM, op. cit., 2012. p. 87.

³⁹² “Art. 1º. São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: I - nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II - nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido. Parágrafo único. Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas.” BRASIL. *PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2172-32.htm. Acesso em: 26 de out. de 2013.

que: *“Um elevado número de cidadãos encontra-se à margem do acesso ao crédito oferecido pelas instituições financeiras, o que os torna vulneráveis e sujeitos ao talante daqueles que comumente são chamados de agiotas”*³⁹³.

Nesse contexto, e a título de reflexão, é plausível afirmar que a vulnerabilidade do contratante, prevista no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, já é reconhecida, legalmente, em nosso ordenamento, para beneficiar outros que não apenas as partes que estabelecem relação de consumo sob a ótica do CDC.

Convenha-se, ademais, que, aguardar por eventuais e morosas alterações de cunho legislativo pode causar danos irreversíveis à esfera patrimonial dos contratantes, de tal sorte que a aplicação do CDC a algumas relações previstas no Código Civil, em diálogo de fontes, seria bem-vinda e poderia servir como resposta às transformações profundas porque passam e passaram a sociedade e o direito privado como um todo, mesmo porque, *“Hoje ainda o diálogo das fontes a favor dos mais fracos permite a sua complementação e coordenação com outras leis especiais mais avançadas, como com o Código de Defesa do Consumidor”*³⁹⁴.

A par disso, é de se destacar que as alterações nas relações contratuais, tendo em vista o poder impositivo das sociedades de consumo, criaram, por exemplo, novas fontes de vício de consentimento. Os fortes estímulos exercidos sobre pessoas vulneráveis para contratar as induz, muitas vezes, a estabelecerem contratos sem a necessária consciência fática dos compromissos assumidos.

A inferioridade do contratante consumidor, reconhecida pelo Código Consumerista, é fonte de comprometimento e desequilíbrio das relações contratuais, o que causa desvantagem à parte vulnerável da relação.

Atento a essa constatação, o Código Civil de 2002 inovou ao criar a figura da lesão contratual, prevista em seu artigo 157, que estabelece, em suma, que ela ocorrerá

³⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 722600 - sc. Relatora ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação 29/08/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500204018&dt_publicacao=29/08/2005. Acesso em: 26 de out. de 2013.

³⁹⁴ MARQUES; MIRAGEM, op. cit., 2012. p. 87.

“quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”³⁹⁵.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que

“O instituto não está previsto no CDC, mas se encontra implícito, dentro do microsistema das relações de consumo. O CDC 6º V garante ao consumidor o direito de modificação das cláusulas contratuais que estabelecerem prestações desproporcionais, sendo a desproporção aferível objetivamente. Da mesma forma, a cláusula contratual que ofender a boa-fé é nula, de acordo com o CDC 51 IV. É prática comercial abusiva exigir-se do consumidor vantagem manifestamente excessiva (CDC 39 V). O instituto da lesão, portanto, decorre do sistema do CDC, denominando-se, portanto, de lesão consumerista.”³⁹⁶

O Código Civil, em linhas gerais, fulmina com a nulidade o ato jurídico pelo qual um dos contratantes, explorando a necessidade, a inexperiência, as fraquezas e a incorreta capacidade de julgamento de outrem, impõe-lhe, em contrapartida, uma prestação em flagrante desproporcionalidade.

A vulnerabilidade do contratante, como visto no capítulo segundo deste texto dissertativo, está prevista no art. 4.º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, e pode ser compreendida, hodiernamente, mais do que como

“um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.”³⁹⁷

Eliseu Jusefovicz, ao abordar a aplicação dos princípios constitucionais aos contratos, afirma que, diante do caso concreto e *“no controle do próprio conteúdo do contrato, o juiz há de verificar a situação de desequilíbrio, sujeição, vulnerabilidade,*

³⁹⁵ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 de out. de 2013.

³⁹⁶ NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, op. cit., p. 338.

³⁹⁷ MARQUES; MIRAGEM, op. cit., 2012. p. 117.

*que importe a aplicação de princípios protetores dos desfavorecidos, em vista da igualdade substancial e do acesso à justiça em paridade de forças*³⁹⁸.

Outro exemplo, em consonância com o Enunciado nº 167, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (citado no tópico anterior), vem de Jones Figueiredo Alves, já que, ao se referir ao princípio da interpretação contratual mais favorável ao aderente, afirma que a regra do artigo 423³⁹⁹ do Código Civil contraria o avanço trazido pelo artigo 47⁴⁰⁰ do CDC, de tal sorte que o aderente, nesses casos, *“como sujeito da relação contratual, deve receber idêntico tratamento dado ao consumidor, diante do significado da igualdade de fato que estimula o princípio*⁴⁰¹.

Verificando-se, pois, que existem “vulneráveis” no seio de uma relação contratual de mútuo civil, mostra-se plausível suscitar o diálogo das fontes, aplicando-se não apenas os princípios que lhe sejam mais favoráveis, mas também, e quando possível, a norma mais benéfica ao contratante débil na relação contratual. Mesmo porque, atualmente, e também no Brasil, o direito privado, tendo em vista a constitucionalização do direito e sua função social que ultrapassa os limites dos interesses individuais, guia-se também pela proteção dos vulneráveis. Esse direito privado com viés social é ditado pela ordem pública constitucional e tem como um de seus valores a dignidade da pessoa humana⁴⁰².

³⁹⁸ JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. Ed. 1. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p. 436.

³⁹⁹ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 de out. de 2013.

⁴⁰⁰ “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 14 de out. de 2013.

⁴⁰¹ ALVES, op. cit., p. 378 e 379.

⁴⁰² Idem, ibidem, p. 07 e 08.

4.1.1.2 O diálogo das fontes e a jurisprudência do STJ

O Poder Judiciário tem enfrentado de maneira aberta as demandas que envolvem a Teoria do Diálogo das fontes. Verificar-se-á, pois, de que modo e, ao fim, se essa teoria poderá interferir/influir nos contratos de mútuo civil tendo em conta o diálogo estabelecido entre o Código de Defesa do Consumidor e outras fontes do direito, já que não foi possível encontrar, por enquanto, nenhum julgado no Superior Tribunal de Justiça que pudesse corroborar o que se busca evidenciar.

Esclareça-se que, primeiramente, pormenoriza-se o método de pesquisa utilizado na coleta dos dados jurisprudenciais e, na sequência, apresenta-se a análise dos dados obtidos.

4.1.1.2.1 Método de pesquisa adotado

Colimando obter uma visão geral do tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça ao tema previamente sugerido, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial, pela internet, no *site* do STJ, competente, em sede recursal, para o julgamento desse tipo de demanda.

Foram considerados, na pesquisa, os resultados envolvendo as súmulas, os acórdãos, os informativos jurisprudenciais e as decisões monocráticas exaradas pelos componentes dessa Egrégia Corte. Tudo isso no intuito de visualizar, de modo mais abrangente, resultados que abarcassem de maneira mais específica o tema posto em questão.

No sítio do Superior Tribunal de Justiça, onde os dados foram colhidos, existem áreas que possibilitam acessar as decisões proferidas por esse Tribunal, o que em muito facilitou a obtenção dos resultados. A pesquisa inclui as publicações feitas no período de 11 de março de 2003 (dia em que entrou em vigor o Código Civil de 2002) a 26 de outubro de 2013.

Utilizaram-se, no primeiro momento, as palavras-chave “diálogo das fontes”, “mútuo” e “CDC” em todos os campos, com o fito de que a pesquisa limitasse, ao máximo, os processos em que essas expressões tivessem sido utilizadas conjuntamente, objetivando encontrá-las dentro de um mesmo contexto.

Num segundo momento, foram utilizadas as palavras-chave “diálogo das fontes”, “CDC” e “Código Civil” com o mesmo intuito empregado para a pesquisa anterior.

Dando seguimento ao que previamente se determinou e levando em conta o que se vislumbrou no campo doutrinário, realizou-se mais uma pesquisa no *site* do STJ, utilizando-se as palavras-chave “diálogo das fontes” e “norma de ordem pública”. Essas expressões foram escolhidas em razão de terem sido abordadas de forma ampla nos capítulos anteriores do presente trabalho dissertativo e por albergarem, projeções diretas dos demais capítulos.

A essa primeira investida, qual seja verificação das palavras-chave “diálogo das fontes”, “mútuo” e “CDC”, a pesquisa no STJ apresentou três (3) julgados, sendo todos acórdãos. Na segunda incursão, utilizando-se as palavras-chave “diálogo das fontes”, “CDC” e “Código Civil”, a pesquisa retornou trezentos e vinte e quatro julgados, sendo dez acórdãos e trezentos e quatorze decisões monocráticas.

Na terceira e última pesquisa, utilizando-se as palavras-chave “diálogo das fontes” e “norma de ordem pública”, o *site* apresentou duzentos e sessenta julgados, três deles acórdãos e o restante decisões monocráticas (duzentas e cinquenta e sete).

4.1.1.2.2 Análise qualitativa dos dados jurisprudenciais encontrados

Tratar-se-á, neste tópico, de analisar qualitativamente os julgados, tendo como fulcro as decisões que sugerem uma ligação mais estreita com os temas previamente enfrentados.

Inicialmente tem-se que, dos julgados pesquisados na primeira investida, um deles se apresenta sugestivo, já que o ministro Sidnei Beneti afirma, em trecho selecionado no contexto da ementa, que

“O caso concreto presente é um exemplo típico: o mundo econômico brasileiro se movimenta através dos Bancos; até mesmo pensionistas da Previdência ou simples empregados recebem pensões ou remunerações por meio de instituições financeiras, e não raro até pessoas humildes dependem e se utilizam do crédito bancário, quer na forma de simples crediário de lojas, quer por meio dos chamados produtos bancários (empréstimos, cartões de crédito, cheque especial e assim por diante). Por outro lado, o consumo dos produtos bancários se espraia por aqueles que não são necessariamente consumidores finais de que trata o CDC. Mas há de imperar, na hipótese, o chamado diálogo das fontes, onde o CDC dialoga com os demais sistemas jurídicos postos para que uma única orientação sirva para todos como reclama o interesse público.”⁴⁰³
(Grifou-se)

Tais apontamentos agregam credibilidade à Teoria do Diálogo das Fontes, pois, como afirma o ministro, o interesse público dá o tom da aproximação do CDC com os demais sistemas jurídicos, mesmo que não se esteja diante, necessariamente, de consumidores finais.

Na segunda incursão, é de se destacar o acórdão que teve como relator o ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). Nele, ao abordar cláusula de seguro em contrato de arrendamento mercantil ou *leasing*, ele assim se manifestou:

“[...] 1. Não se pode interpretar o Código de Defesa do Consumidor de modo a tornar qualquer encargo contratual atribuído ao consumidor como abusivo, sem observar que as relações contratuais se estabelecem, igualmente, através de regras de direito civil.
2. O CDC não exclui a principiologia dos contratos de direito civil. Entre as normas consumeristas e as regras gerais dos contratos, insertas no Código Civil e legislação extravagante, deve haver complementação e não exclusão. É o que a doutrina chama de Diálogo das Fontes [...]”⁴⁰⁴.

⁴⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.093.592 - SP. Relator ministro Sidnei Beneti. Data da Publicação 23/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=15412732&formato=PDF>. Acesso em: 11 de out. de 2013.

⁴⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.093.592 - SP. Relator ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). Data da Publicação DJe 24/05/2010. Disponível em:

Note-se que a convergência entre os princípios que norteiam os contratos, tanto no âmbito do direito civil, como na legislação extravagante e no Código de Defesa do Consumidor, conforme apregoadado pela doutrina, reverbera nos tribunais, não se tratando apenas e tão somente de teoria a buscar uma aprovação, mas de uma realidade inafastável e, nesse momento, inarredável face ao caso concreto.

Acórdão paradigmático, dessa mesma etapa analítica, que cuida da vulnerabilidade de menor incapaz, como suscitado no tópico 4.1.2.1, é o que tem como relatora a ministra Nancy Andrighi, no julgado cujo pano de fundo é plano de saúde. A ministra argumenta que

“[...] - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, *in fine*, da CF e 12, caput, do CC/02.

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo [...]”⁴⁰⁵.

Observe-se que, mesmo não estando afeita à área do mútuo bancário ou ao mútuo civil, a decisão é inovadora no sentido de que uma menor, absolutamente incapaz, foi tratada como consumidora e, em diálogo de fontes, beneficiada pelo Poder Judiciário. Trata-se de decisão que favoreceu a parte mais fraca da relação estabelecida e isso leva a crer que também em relações contratuais outras em que esteja envolvido um menor incapaz (absoluta ou relativamente), ou algum outro contratante mais fraco na relação, consoante apontamentos anteriores, as normas do CDC poderiam ser aplicadas em diálogo de fontes com o Código Civil, para favorecer a parte que se mostre “vulnerável” na relação.

https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801106835&dt_publicacao=24/05/2010. Acesso em: 26 de out. de 2013.

⁴⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1037759 - RJ. Relatora ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação DJe 05/03/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200800510315&dt_publicacao=05/03/2010. Acesso em: 26 de out. de 2013.

Dentre as decisões monocráticas, de um total de trezentas e quatorze, a maioria trata do diálogo entre fontes outras que não o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, tais como o Código Tributário Nacional e o Código de Processo Civil, dentre outras leis extravagantes; mas é possível citar pelo menos dois temas, que podem se reduzir a apenas um, que cuidam do diálogo das fontes e que elucidam por que caminho trilha o pensamento jurídico predominante no Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro deles diz respeito à prescrição. Existe no STJ entendimento pacificado de que o prazo prescricional para reparação por ato ilícito, tendo em vista o Código Civil de 1916, deve ser vintenário, pois, em diálogo de fontes, era o que mais favorecia ao consumidor à época. Sobre o tema existem vários julgados que corroboram esse entendimento; cite-se, por exemplo, o Agravo em Recurso Especial nº 204,419/SP, com relatoria do ministro Sidnei Beneti.

O segundo assunto trata também da prescrição, agora das ações coletivas: o STJ tem entendimento pacificado de que as ações coletivas também formam um microsistema voltado à tutela de direitos difusos, assim como a Ação Civil Pública (para a qual tem sido reconhecido, no âmbito do STJ, o prazo prescricional de cinco anos) e a Ação Popular, de tal sorte que o prazo prescricional para tais ações deve ser quinquenal, uma vez que, em diálogo de fontes, o que for mais benéfico para favorecer às partes vulneráveis das relações contratuais deverá prevalecer⁴⁰⁶.

Percebe-se que, no que diz respeito ao aspecto da prescrição, havendo disposições conflitantes em fontes diferentes, prevalecerá o que for mais benéfico para favorecer o consumidor. Resta saber, entretanto, se no dialogar das fontes haveria como beneficiar os contratantes do regime civilista. Esse diálogo beneficiaria a parte mais fraca ou todas as partes que compõem a relação, já que existe a concepção da prevalência do tratamento igualitário e paritário no âmbito do Direito Civil.

Na terceira e última pesquisa, utilizando-se as palavras-chave “diálogo das fontes” e “norma de ordem pública”, quatro julgados fizeram referência à “ordem pública”,

⁴⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 019734/PR - RJ. Relator ministro Sidnei Beneti. DJe 07/08/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=201201592959&dt_publicacao=07/08/2012. Acesso em: 26 de out. de 2013.

todos fora do contexto que se procura evidenciar. Entretanto, um deles⁴⁰⁷ trata da possibilidade ou não da retroação do CDC para alcançar fatos pretéritos àquelas situações já consumadas e conclui-se, ao final, pela irretroatividade, muito embora se trate de norma de ordem pública. Além disso

“O texto constitucional, ao preceituar que a lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não faz distinção entre legislações de ordem pública e outras que não possuem essa natureza. Quisesse o legislador constituinte admitir como regra a retroatividade das leis de ordem pública, deveria, como fez com questões envolvendo a lei penal benéfica ao réu, excepcionar expressamente tal situação no próprio texto constitucional.”⁴⁰⁸

Embora o tema não tenha sido posto em análise no corpo do presente texto, é de bom alvitre fazer menção, mesmo que circunstancialmente, ao problema que durante algum tempo gerou importantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais que muito contribuíram para elucidar a problemática que o envolvia.

Além desse aspecto, a ministra Nancy Andrichi faz uma observação bastante pertinente, ao afirmar que o CDC não limita o Código Civil, pelo contrário,

“é o Código Civil que dá base e ajuda o CDC, de modo que se aquele for mais favorável ao consumidor do que este, não será a lei especial que limitará a aplicação da lei geral, mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo”⁴⁰⁹.

Isso leva à seguinte abstração: se as normas do CDC são todas de ordem pública, limitadoras, portanto, da liberdade contratual, sua aplicação, via diálogo das fontes, aos contratos de mútuo civilista, como estudado pelo presente trabalho, não seria um retrocesso, já que a autonomia da vontade, que prevalece no âmbito dos contratos civilistas, estaria seriamente comprometida? A resposta a essa pergunta poderia ser positiva, e haveria argumentos para sustentá-la, entretanto, o diálogo das fontes só se estabelece para proteger a parte mais fraca na relação contratual e

⁴⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1114462 - SP. Relatora ministra Nancy Andrichi. Data da Publicação 18/08/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200900742814&dt_publicacao=18/8/2010. Acesso em: 26 de out. de 2013.

⁴⁰⁸ Idem, ibidem.

⁴⁰⁹ Idem, ibidem.

em harmonia com os ditames constitucionais, nunca para prejudicar, razões fortes o bastante para afastar qualquer conjectura em sentido contrário.

As pesquisas feitas no *site* do Superior Tribunal de Justiça não resultaram satisfatórias, no sentido de que nenhum julgado que envolvesse diretamente o mútuo civil em diálogo de fontes foi encontrado, mais em razão de que a aplicação do CDC às relações contratuais está diretamente ligada à possibilidade ou não de se ter de um lado um consumidor e de outro um fornecedor, o que não ocorre nos contratos de mútuo regidos pelas normas do Código Civil, do que em função de outra circunstância que diferencia o mútuo bancário do mútuo civil.

Percebe-se, entretanto, que no âmbito do STJ existe posicionamento que reconhece que uma relação jurídica, para ser qualificada como sendo de consumo, não necessita necessariamente da presença de uma pessoa física ou jurídica em um dos pólos, mas sim da presença de uma parte vulnerável de um lado e de um fornecedor, do outro lado⁴¹⁰.

O reconhecimento da vulnerabilidade do contratante mais fraco nas relações de mútuo civil serviria como pretexto para reconhecer o óbvio. Se a existência de vulneráveis é reconhecida nas relações de mútuo bancário, por que não se reconhece a existência deles no âmbito do mútuo civil? É como se todos fechassem os olhos para a realidade fática. O mútuo praticado pelas vias civilistas torna os cidadãos, que não têm acesso ao crédito ofertado pelas instituições financeiras, vulneráveis e sujeitos à vontade daqueles que, em sua maioria, vivem de emprestar dinheiro, ou seja, a relação que se estabelece é, em sua maioria, sob esse prisma, de consumo, o que justificaria a aplicação do CDC a esses tipos de contrato, e, muito embora exista toda uma legislação que o proteja em nível civilista, ela não é suficiente para dar resposta a todos os problemas que emergem dessas relações.

Ressalte-se, demais, que o reconhecimento da vulnerabilidade *“não está sendo pacificamente compreendido entre a doutrina e a jurisprudência, que ainda insistem em continuar apegadas a princípios e conceitos jurídicos inaplicáveis às relações*

⁴¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 476428/SC. Relatora ministra Nancy Andriahi. Data da Publicação 09/05/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1184223&sReg=200201456245&sData=20050509&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 03 de nov. de 2013.

*contratuais constituídas atualmente*⁴¹¹; salvo um ou outro julgado que lançam luzes para uma possível, mas incerta, aplicação do CDC aos contratos em que se encontrem vulneráveis.

Exemplo disso advém de julgado que teve como relator o ministro Jorge Scartezini, asseverando *“a existência de um certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC”*⁴¹².

Como dito, não se encontrou nenhum julgado no STJ que pudesse conduzir a uma reflexão mais robusta acerca do tema, mas percebe-se que o que se cogita, reflexivamente, é passível de acolhimento pela jurisprudência, pois, como se viu, o Tribunal da Cidadania têm admitido a interação entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, pela aplicação, na prática, da teoria do diálogo das fontes para favorecer o contratante vulnerável na relação jurídica. Além disso,

“O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais.”⁴¹³

Supera-se, dessa forma, a idéia de que o Código consumerista se constituiria em um sistema jurídico completamente isolado. Admite-se, hoje, que outras fontes dialoguem com o CDC para favorecer o consumidor, e vislumbra-se a possibilidade de que ele dialogue com o Código Civil, se para favorecer a parte mais fraca no âmbito da relação contratual civilista, mesmo porque a tendência da legislação mundial, segundo Vincenzo Roppo, é de proteger a parte fragilizada na relação negocial, não necessariamente o consumidor⁴¹⁴; espera-se, pois, que o diálogo das

⁴¹¹ SOARES, Ana Carolina Trindade. *A proteção do contratante vulnerável: estudo em uma perspectiva civil-constitucional*. Maceió: EDUFAL, 2009. p. 147.

⁴¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 661145/ES. Relator ministro Jorge Scartezini. Data da Publicação 28/03/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1645637&sReg=200400662207&sData=20050328&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 de nov. de 2013.

⁴¹³ TEPEDINO, *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*, p. 720.

⁴¹⁴ Vincenzo Roppo afirma, nesse contexto, “... que todas as relações de mercado assimétricas – que antes confiavam a proteção da parte fraca a remédios obtidos do direito comum – passaram a ‘consumisar-se’, já que a evolução normativa torna aplicável também a esses um sistema de remédios que havia ingressado no ordenamento para ser inicialmente destinado (somente) aos contratos de consumo. E, portanto, far-se-ia injustiça

fontes possa corroborar tais afirmações, propiciando, uma interação mais intensa - nos dois sentidos.

4.1.2 A acepção de cidadania no contexto contratual

Se com o diálogo das fontes é possível proporcionar um contrato válido muito mais próximo dos preceitos constitucionais, mais espaço se terá também para o exercício da cidadania.

Para compreender melhor essa afirmação, faz-se de bom alvitre trazer a lume, inicialmente, as palavras de T. H. Marshall, que define cidadania fazendo uso de três elementos de direito: os civis, os políticos e os sociais. *Ad litteram*:

“O **elemento civil** é composto por direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de **concluir contratos válidos** e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Govêrno local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acôrdo com os padrões que prevalecem na sociedade.”⁴¹⁵ (negritou-se)

ao paradigma definido daquele sistema de remédios ao continuar a defini-lo com a fórmula restritiva do contrato de consumo; enquanto para dar razão àquele que hoje é o seu mais amplo horizonte, convém chamá-lo de contrato assimétrico. Nesta perspectiva, o contrato de consumo aparece como categoria que se enfraquece, e tende a perder o brilho. Não antes, porém, de ter gerado com sua carne e o seu sangue a categoria mais evoluída e geral do contrato assimétrico.” ROPPO, Vincenzo. *Morte e transfiruração do contrato de consumo?* In: In-Pactum. Publicação quadrimestral da Revista do Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Católica de Pernambuco. Nº 3, ano 1, Janeiro/Abril de 2009. Disponível em: <http://www.unicap.br/revistas/inpactum/PDF/inpactum3.pdf>. Acesso em: 10 de nov. de 2013.

⁴¹⁵ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 63 e 64.

Ao analisar esses elementos, Marshall destaca o fato de que, em primeiro lugar, sua concepção é mais histórica do que lógica⁴¹⁶, muito embora não se possa afirmar que se trate de sequência apenas cronológica, mas também lógica⁴¹⁷, e que os direitos civis, aí incluído o direito de concluir contratos válidos, advieram, isto é, se sedimentaram em momento anterior, levando em conta a cidadania inglesa, com os direitos políticos e sociais, ou seja, a cidadania na forma de direitos civis já era, há muito, universal. No Brasil essa trajetória, essa sequência prescrita por T. H. Marshall não é aplicável, já que, consoante afirmação de José Murilo de Carvalho,:

“Aqui não se aplica o modelo inglês. Ele nos serve apenas para comparar os contrastes. Para dizer logo, houve no Brasil pelo menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na seqüência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros⁴¹⁸.”

Existia, consoante análise de Marshall, uma distanciação entre os elementos que compunham e compõem o conceito de cidadania⁴¹⁹; talvez por isso o contrato apresente na Inglaterra e em épocas passadas as características da liberdade contratual e da livre manifestação de vontade mais acentuadas, em detrimento dos aspectos políticos e sociais que são inerentes, sob esta ótica, ao conceito de cidadania.

Infere-se, diante das afirmações de Marshall, que os elementos civis, políticos e sociais caminharam separados por certo período e apenas ao cabo deste é que voltaram a se “amalgamar”. Essa interligação dos elementos que compõem a cidadania torna possível a percepção da projeção dos aspectos políticos e sociais adentrando na configuração do aspecto civil.

⁴¹⁶ MARSHALL, op. cit. p. 63.

⁴¹⁷ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Ed. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 10 e 11.

⁴¹⁸ CARVALHO, op. cit., p. 11 e 12.

⁴¹⁹ MARSHALL, op. cit. p. 65. “... quando as instituições, das quais os três elementos da cidadania dependiam, se desligaram, tornou-se possível para cada um seguir seu caminho próprio, viajando numa velocidade própria sob a direção de seus próprios princípios peculiares. Antes de decorrido muito tempo, estavam distantes um do outro, e somente no século atual, na verdade, eu poderia dizer apenas nos últimos meses, é que os três corredores se aproximaram uns dos outros.”

Extraí-se e constata-se, daí, que o direito de concluir contratos válidos está estritamente relacionado com a junção entre todos os elementos que comportam a definição dada por Marshall para cidadania. Tal assertiva é corroborada pela afirmação do próprio Marshall, ao analisar o problema da moradia:

“Os aluguéis são controlados e os direitos dos locatários protegidos após o término do contrato, casas são requisitadas, acôrdos feitos livremente são anulados ou modificados pelos tribunais ao aplicarem os princípios da eqüidade social e do preço justo. A inviolabilidade do contrato cede lugar às exigências da política social, e não estou sugerindo que isto não deva ser assim. Mas se as obrigações do contrato são postas de lado por um apêlo aos direitos de cidadania, então os deveres da cidadania têm de ser aceitos do mesmo modo.”⁴²⁰ (Grifo nosso)

Note-se, pois, que T. H. Marshal, em outras palavras, afirma que as imposições contratuais devem ser postas de lado em virtude dos direitos de cidadania e, ainda, que o contrato reflete uma relação equitativa e que *“Uma relação eqüitativa é um conceito social e não econômico”*⁴²¹. O autor assevera, ademais, que:

“Direitos civis equivalem, portanto, a assumir responsabilidade política, e o livre contrato equivale a agir como o instrumento da política nacional. E há, ainda, outro paradoxo. O incentivo que opera num sistema de livre contrato do mercado livre é o incentivo do ganho pessoal. O incentivo que corresponde aos direitos sociais é aquêle do dever público. A qual dos dois se lança o apêlo? A resposta é: a ambos. Insiste-se em que o cidadão responda ao chamado do dever dando lugar à motivação do seu próprio interesse.”⁴²²

Trata-se, pois, de dois valores que se chocam, como disse Marshall: o mercado livre (do ganho pessoal) e os direitos sociais (do dever público). Assim, quando conflitantes, devem caminhar juntos. Um não se impõe sobre o outro, quando em conflito.

Note-se, todavia, que, para se estabelecer a linha de raciocínio do presente enredo, busca-se, primeiramente, delinear os aspectos sociais pelo ponto de vista contratual – mesmo porque o elemento social, visto sob o prisma da cidadania, não coincide, conceitual e integralmente, com o conceito social utilizado para contrato, muito

⁴²⁰ MARSHALL, op. cit., p. 105.

⁴²¹ Idem, ibidem, p. 106.

⁴²² MARSHALL, op. cit., p. 107.

embora todos os elementos que compõem o conceito de cidadania, de uma forma ou de outra, acabem por fazer emergir o aspecto social que influencia as políticas delimitadoras do contrato, inclusive quando se trata das matérias de ordem pública.

Ademais, a concepção moderna dos direitos civis, políticos e sociais não abarca o mesmo conteúdo ou significado histórico de quando eles foram concebidos ou positivados – séculos XVIII, XIX e XX⁴²³. A ideia do termo cidadania, aliás, “se tornou, hoje, uma espécie de lugar comum”⁴²⁴.

A amplitude alcançada pelo termo cidadania, contudo, não afasta o caráter do “valor atribuído às ‘necessidades’ essenciais de cada época”⁴²⁵, que se relacionam e influenciam, cada qual a seu modo, os aspectos civis, políticos e sociais, tanto no que concerne à prática contratual quanto no que diz respeito ao próprio exercício da cidadania. Aliás, sob o prisma contratual, “o Código Civil deve compreender as situações jurídicas de direito privado existentes entre cidadãos”⁴²⁶, em outras palavras, “aqueles que são capazes de constituir direitos e obrigações civis são considerados possuidores de direitos civis, ou seja, cidadãos”⁴²⁷.

Não se esqueça, demais, que “o direito civil extrai seu nome do latim *cives* (cidadãos) e se dirige ao núcleo da vida em sociedade”⁴²⁸. Este era o direito aplicado aos cidadãos romanos⁴²⁹.

Em contexto diverso, mas afeito ao tema em reflexão, Ellen Cássia Giacomini Casali afirma que o contrato serve como

⁴²³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos*. In: Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. Organização: Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.

⁴²⁴ TONET, Ivo. *Educar para a cidadania ou para a liberdade?* In: *Perspectiva*, Florianópolis, v. 23, n. 02, p. 469-484, jul./dez. 2005. Disponível em: http://www.perspectiva.ufsc.br/perspectiva_2005_02/13_artigo_ivo_tonet.pdf. Acesso em: 27 de jun. de 2013. p. 470.

⁴²⁵ WOLKMER, op. cit., p. 19.

⁴²⁶ GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 9.

⁴²⁷ Idem, *ibidem*, p. 9.

⁴²⁸ GOMES, op. cit., 1995. p. 29.

⁴²⁹ XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim no Direito*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 163.

“... base da sociedade, é o instrumento que regula a inter-relação humana nas suas mais diversas dimensões através da harmonização dessas relações, obrigando o respeito recíproco entre os cidadãos e estabelecendo os limites entre direitos e deveres”⁴³⁰.

Mesmo porque, consoante afirmação de Casali, “o direito moderno não é mais do que um vasto repertório de regras contratuais que nasceram das necessidades práticas da vida, com elas evoluiu e em torno delas se agrupam”⁴³¹.

De tal sorte que, mesmo que o Código Civil ou a Constituição não definam “explicitamente o que é cidadania” ou façam menção de que o contrato é um dos meios de sua efetivação, “apresentam as regras que especificam direitos e obrigações a ela associadas. Tais quais preposições que ligam palavras nas frases e atribuem-lhes sentidos contextuais...”⁴³². Nesse sentido, os códigos e as constituições, de maneira mais ou menos detalhada, “definem capacidades gerais dos cidadãos que, quando se supõem violadas, os juízes, então chamados à atuação e como gramáticos dos textos legais, interpretam-nos semanticamente, atribuindo-lhe o significado ao caso concreto”⁴³³.

Não se olvide, ademais, que se deve observar, na prática, que os direitos e deveres não podem andar separados, pois só quando cumpre com suas obrigações o cidadão permite que os outros exercitem, de igual modo, seus direitos. Além de apresentar esses argumentos, Jaime Pinsky, ao analisar o aspecto civil de cidadania, afirma que “ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis”⁴³⁴. Não se pode esquecer, entretanto, das nuances políticas e sociais que o conceito de cidadania comporta,

⁴³⁰ CASALI, Éllen Cássia Giacomini. *A natureza social do contrato: sua efetividade como imperativo da cidadania*. Dissertação (Mestrado em Direito Político Econômico). Orientador: Milton Paulo de Carvalho. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006. p. 5.

⁴³¹ Idem, *ibidem*, p. 135.

⁴³² MENDES, Ovídio Jairo Rodrigues. *Concepção de cidadania*. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 85. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-13122010/. Acesso em: 23 de abr. 2013.

⁴³³ Idem, *ibidem*, p. 85.

⁴³⁴ PINSKY, Jaime. *História da cidadania*. Organização de Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky. 4. Ed. 2ª Reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008. p. 9.

lembrando, ainda, que este conceito está associado a Estado, na medida em que, “*como instituição, efetua a definição do equilíbrio dos direitos e deveres*”⁴³⁵.

Não restam dúvidas de que as normas civis e consumeristas trazem em seu bojo o conteúdo indispensável ao exercício de direitos e ao cumprimento de deveres; elas são consubstanciadas, na maioria das vezes, em obrigações veiculadas por meio de contratos e inseridas no âmbito civil da definição de cidadania concebida por Marshall.

Ressalve-se, demais, que “*Às leis de ordem pública interna têm de submeter-se todos os cidadãos do país, não lhes é permitido afastá-las, nas suas convenções ou disposições*”⁴³⁶.

Essas informações, aliadas à evidência de que as normas de ordem pública trazem em seu bojo princípios e valores gerais que dão amparo ao sistema jurídico, aí incluídos os constitucionais – vista como ordem pública econômica de proteção –, é que permitem vislumbrar o aspecto da cidadania em plano de destaque. Aliás,

“A cidadania abrange valores e crenças que congregam o civil (direitos individuais) com o cívico (deveres para com a comunidade). Implica, enquanto princípio, que a responsabilidade de todos, e em especial do Estado, para com o interesse público, deve se combinar e se harmonizar com os direitos fundamentais do cidadão privado, e se mesclar no sentimento de pertença a uma coletividade.”⁴³⁷

Deixe-se claro, entretanto, que, sob esse enfoque, não se refutam, terminantemente, as demais interpretações que decorrem do conceito de cidadania, como “*cidadania política*”⁴³⁸ ou “*cidadania social*”⁴³⁹, mesmo porque a cidadania apregoada como

⁴³⁵ CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia aplicada ao direito*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 179.

⁴³⁶ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: (Dec-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos*. Atualizada por Silva Pacheco. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. V. 3. p. 391.

⁴³⁷ RAMOS, Gisela Gondin. *Princípios Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 357.

⁴³⁸ SAES, Décio Azevedo Marques de. A questão da evolução da cidadania política no Brasil. *Estud. av.* vol.15 no.42 São Paulo May/Aug. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000200021&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 Ago. 2013.

fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil – artigo 1º da Constituição Federal – é entendida, aí, “... *num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos*”⁴⁴⁰, ou seja, o conceito, na atualidade, traz inserto um volume muito maior de significações.

Assim é, pois, que no dialogar das fontes entre matérias que trazem em seu bojo conteúdo de cunho constitucional – como o são os princípios do Código de Defesa do Consumidor, em diálogo com os princípios do Código Civil –, quem se beneficia é a parte mais fraca, débil e vulnerável na relação contratual⁴⁴¹, já que o simples invocar ou aplicar de preceitos constitucionais que transportem consigo direitos e garantias fundamentais⁴⁴², mesmo que de ordem pública, tidos como limitadores da liberdade contratual, torna os contratos – aí incluídos os de mútuo, receptores de tais influências – muito mais “cidadãos”.

Saliente-se, outrossim, que os direitos civis, como proposto por Marshall, em consonância com os preceitos constitucionais, estabelecem um nivelamento jurídico entre os cidadãos, o que retrata, em última análise, a busca pelo justo e pelo equânime⁴⁴³.

⁴³⁹ CALLAGE NETO, Roque. *Tradição e modernidade na cidadania social das Américas: o caso de Canadá e Brasil: a representação de cidadania e construção do Bem Estar Social canadense-brasileira*. Tese de doutorado. Universidade de Brasília – Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre As Américas – Ceppac. Brasília/2007. Disponível em: http://btdt.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2613. Acesso em: 01 de Ago. de 2013. p. 310 e segs.

⁴⁴⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: 2010. p. 104.

⁴⁴¹ Pietro de Jesús Lora Alarcón pondera que “a vulnerabilidade e a pobreza constituem fortes obstáculos ao exercício pleno da cidadania”. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Cidadania*. In: Dicionário brasileiro de direito constitucional. Coordenador Geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

⁴⁴² Claudia Lima Marque afirma que “os contratos de consumo, de forma mais branda, mas não menos importante e efetiva, em face dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana – também se tornaram um ponto de encontro de direitos individuais constitucionais. Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art. 5º, XXXII, da CF/88), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger este sujeito de direitos especial, acabou moldando uma nova visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas deste sujeito de direitos fundamentais, o consumidor”. MARQUES, op. cit., 2005, p. 256 e 257.

⁴⁴³ Idem, *ibidem*, p. 288.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se analisar o confronto entre os dois primeiros capítulos, constata-se em primeiro plano uma nítida mudança principiológica que dá novos contornos aos contratos contemporâneos e que se faz sentir tanto nas normas que norteiam o mútuo civil – em menor escala –, quanto no mútuo bancário.

Uma nova ordem contratual é instaurada, tendo como fundamento os preceitos da nova ordem social estampada na Constituição Federal de 1988; os contratos deixaram de lado a visão individualista e liberal que predominava outrora para se tornarem em instrumento de realização do interesse público e social que os orienta a partir de então.

Os contratos de mútuo, disciplinados pelo Código Civil de 2002, além de abarcarem a mesma carga principiológica que rege o mútuo regulado pelo Código de Defesa do Consumidor – destaquem-se os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato –, apresentam uma nuance outra que os aproxima e os faz expressar um caráter conceitual de relatividade histórica consubstanciado na ordem pública, ou seja, as normas que desta decorrem – seja como “ordem pública econômica”, seja como “ordem pública de proteção” – mudam com as transformações que se dão na política, na economia, no meio social e cultural da coletividade ao longo do tempo para se adaptarem aos hodiernos tempos.

Muito embora a noção de ordem pública seja uma expressão da ideologia liberal, como de resto eram os contratos regidos pelos princípios clássicos – autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos e relatividade dos contratos –, a ordem pública, assim como estes, merece uma releitura, tendo em vista o primado constitucional atual.

Nessa linha de raciocínio, é de se destacar a necessária observação e aplicação aos contratos de mútuo civil não apenas dos mesmos ideais principiológicos constitucionais que regem o mútuo bancário, mas também dos tipos normativos que vierem a favorecer a parte mais debilitada da relação, mesmo porque e muito embora “o Código civil não se refira expressamente ao Código de Defesa do

Consumidor, não haverá arestas de difícil transposição quanto à aplicação da lei do consumidor perante o novo Código Civil”⁴⁴⁴.

Ademais, o diálogo das fontes na ideia de ordem pública, alimentada por concepções éticas e morais dominantes e pela mudança do conceito histórico variável no tempo, observa os ditames constitucionais de sua época, inclusive os direitos e garantias individuais estampados no art. 5º da Constituição Federal.

A relação entre o contrato de mútuo civil e a ordem pública não é apenas um reflexo direto da codificação de 2002, que, entre outros, acoplou a função social e a boa-fé objetiva em seu bojo, unindo-as, além disso, à ordem pública por literal disposição do artigo 2.035 do Código Civil; essa relação é, antes, uma mudança arquitetada no correr dos anos e sedimentada no âmbito da Constituição de 1988, assim como, logo depois, no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Embora, como ficou evidenciado, a aplicação do Código Civil aos contratos consumeristas venha se dando paulatinamente por meio da jurisprudência, sob forte influência da doutrina – como se pode abstrair da análise dos julgados citados ao longo deste corpo dissertativo – em sentido inverso, a aplicação dos tipos normativos do CDC aos contratos civilistas ainda encontra óbice no próprio diploma que protege o consumidor. Dentre tais obstáculos, cite-se, exemplificativamente, o da posição jurídica que ocupam os contratantes, valorizados como fornecedores e consumidores com base apenas nos critérios adotados pelo CDC.

Um dos meios pelo qual se deve dar a aproximação entre o CDC e o Código Civil é o diálogo das fontes, sem dúvida uma grande contribuição da doutrina alemã, inserida entre nós por Claudia Lima Marques. O diálogo das fontes está intensificando-se, haja vista já existirem, ao tempo da realização deste trabalho, setecentos e sessenta e sete julgados, no Superior Tribunal de Justiça, que faziam menção a ele. Saliente-se, demais, que dentro de pouco tempo tornar-se-á preceito normativo ainda mais explícito, uma vez que o Anteprojeto de Lei apresentado pela comissão de juristas encabeçada pelo ministro Herman Benjamin, que altera e acrescenta dispositivos ao CDC, prevê, dentre outros, o acréscimo do § 2º ao artigo

⁴⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *O Código do Consumidor e o Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OCodigodoConsumidoreoCodigoCivil.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2013.

7º, dispondo que *“Aplica-se ao consumidor a norma mais favorável ao exercício de seus direitos e pretensões”*⁴⁴⁵.

Além do diálogo das fontes, existem outros motivos para a aplicação do CDC e seus preceitos constitucionais aos contratos civilistas, inclusive ao mútuo civil. A título exemplificativo, cite-se, primeiro, a constitucionalização do direito civil; segundo os aspectos doutrinários que reclamam um olhar mais atento aos vulneráveis e, especialmente, aos hipervulneráveis; terceiro, a existência de cláusulas gerais que tanto servem para aproximar as fontes – função social e boa-fé, por exemplo –, como para permitir a constitucionalização do Direito Civil; quarto, a necessidade de que se faça com que o interesse social (público), do qual a ordem pública constitui instrumento, não apenas coincida com o interesse de uma classe social, mas também que repercuta no âmbito individual das relações civilistas.

Admita-se, também e nessa linha, que *“a ordem pública é, pois, violada quando o contrato se propõe, ou tem o efeito, de ameaçar o ordenamento jurídico constitucional do Estado”*⁴⁴⁶. Por outras palavras, uma vez violada a ordem pública, violado estará o interesse social, e este, uma vez afrontado, afrontada estará a Constituição; além disso, os contratos ou as cláusulas contratuais prejudiciais aos valores fundamentais do indivíduo, por contrariarem preceitos de ordem pública, não prevalecerão (art. 2.035 do Código Civil).

Por essas razões é que se sugere, com fundamento na argumentação da aplicação do diálogo das fontes na ideia de ordem pública, o reconhecimento, ao mútuo civil, do mesmo tratamento dado ao mútuo bancário, aplicando-lhe, por consectário, as disposições que decorrem do arranjo jurídico-constitucional, erigindo-o, do mesmo modo, a status de matéria com amparo constitucional. Mesmo porque, a possibilidade de se invocar a aplicação direta dos princípios do CDC nas relações contratuais que envolvam os contratos civilistas de maneira geral já é, há muito, admitida.

⁴⁴⁵ BRASIL. Senado Federal. Presidência. Anteprojeto de Lei. Comissão de juristas “Código de Defesa do Consumidor”. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteprojetos_finais_14_mar.pdf. Acesso em: 08 de nov. de 2013.

⁴⁴⁶ ROPPO, op. cit., p. 181.

É preciso frisar, entretanto, que a aproximação principiológica entre o CDC e o Código Civil, embora evidente, não repercute no contexto normativo, no que diz respeito à aplicação dos preceitos legais do CDC aos contratos erigidos sob a égide do Código Civil. Mas isso não quer dizer que não seja possível, pois, consoante palavras de Claudia Lima Marques, estão cada vez mais raras as relações civis puras, sem contar que o diálogo de influências recíprocas e a readaptação sistemática têm duas vias; ela acrescenta, ademais, que também o Código de Defesa do Consumidor pode influenciar o Código Civil, oxigenando-o de maneira que o leve a uma “renovação”⁴⁴⁷.

A aplicação do CDC aos contratos de mútuo civil se mostra, assim, bastante plausível, especialmente quando uma das partes encontra-se em situação de “vulnerabilidade”. Aliás, consoante afirmação de Gustavo Tepedino, o Código Civil *“lido à luz da legalidade constitucional, assegura à pessoa humana níveis de proteção compatíveis com sua concreta posição (de maior ou menor vulnerabilidade) nas relações paritárias da vida privada”*⁴⁴⁸.

Uma vez desenvolvidas essas ilações, é de se afirmar ainda que a cidadania, no que tange a seu aspecto civil, e tendo como fundamento as inter-relações de variadas matizes decorrentes do contrato de mútuo, sairá fortalecida, mesmo porque a Constituição de 1988 promoveu uma reconstrução do ordenamento jurídico a partir da afirmação da cidadania como um de seus elementos propulsores. De tal sorte que o direito de estabelecer um contrato válido, consoante definição de Marshall – no caso em análise o de mútuo –, será muito mais “cidadão” se estiver em harmonia com os preceitos constitucionais, advindos da constitucionalização do direito civil ou do diálogo estabelecido entre as fontes.

⁴⁴⁷ MARQUES, *Diálogo entre o CDC e o Novo Código Civil*, p. 669 e 676.

⁴⁴⁸ TEPEDINO, *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*, p. 720.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Coordenadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Cidadania*. In: Dicionário brasileiro de direito constitucional. Coordenador Geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. 2. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral: Introdução: as pessoas: os bens*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. V. 1.

ASENJO, Enrique Jimenez. *Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. Ed. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

AUDI, Robert. *Dicionário de filosofia de Cambridge*. Tradução João Paixão Netto; Edwino Aloysios Royer et al. São Paulo: Paulus, 2006. p. 21.

BALBINO, Renata. *O princípio da boa-fé objetiva no Novo Código Civil*. In: Doutrinas Essenciais - Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 3.

BARROSO, Lucas Abreu. *A teoria do contrato no paradigma constitucional*. In: Revista de Direito do Consumidor. Ano 21. Vol. 84. Out-dez./2012. Coordenação Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. 1ª Ed. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 1969. T. I.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilaqua. Ed. 10. Atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1955.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas, SP: RED Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13 Ed. 5ª Reimpressão. Trad. Carmem C, Varriale et al.; Coord. Trad. João Ferreira; Rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. V. I

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial*. In: *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal - III Jornada de Direito Civil – Enunciado nº 167. Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf. Acesso em: 13 de out. 2013.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de out. de 2013.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct. Acesso em: 25 de out. de 2013.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 15 de ago. de 2013.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 de ago. de 2013.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 14 de out. de 2013.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2172-32.htm. Acesso em: 26 de out. de 2013.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 02 de nov. de 2013.

BRASIL. Senado Federal. Presidência. Anteprojeto de Lei. Comissão de juristas “Código de Defesa do Consumidor”. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteprojeto_finais_14_mar.pdf. Acesso em: 08 de nov. de 2013.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Civil nº 6519284 – Relator Desembargador Joatan Marcos de Carvalho. Data de julgamento 27/04/2010, Data de Publicação: DJ: 476. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJPR/IT/AC_6519284_PR_1307583264512.pdf?Signature=rsoskw21r58WhEK9YXgeolHbXi4%3D&Expires=1376532994&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf. Acesso em: 14 de ago. de 2013.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação Civil nº 2010.059376-4 – Relator Desembargador Lédio Rosa de Andrade. Data de publicação 21/09/2011. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000H3IR0000&nuSeqProcssoMv=49&tipoDocumento=D&nuDocumento=3730760>. Acesso em: 14 de ago. de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJ-DF – Apelação Cível: APC 20100710376975 DF 0037258-08.2010.8.07.0007. Relator Desembargador Alfeu Machado. Publicação no DJE 09/07/2013. p. 72. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23665367/apelacao-civel-apc-20100710376975-df-0037258-0820108070007-tjdf>. Acesso em: 19 de out. de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Relatora ministra Ellen Gracie. Data do julgamento: 11/10/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 596. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600. Acesso em 02 de nov. de 2013.

_____. STF – Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 138225/PR - Relator ministro NERI DA SILVEIRA - DJ DATA-27-11-97 P-62025: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28m%FAtuo+loca%E7%E3o%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kjd2rpe>. Acesso em: 03 de out. de 2013.

_____. STF – Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 42495/GO – Relator ministro Victor Nunes - RTJ VOL-00014-01 PP-00203. Disponível em:

Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%FAtu+loca%E7%E3o%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kjd2rpe>. Acesso em: 03 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 930596 / ES. Relator ministro Luiz Fux. Data da Publicação 25/10/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700469909&dt_publicacao=14/04/2010. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1183378/RS. Relator ministro Arnaldo Esteves Lima. Data da Publicação 01/03/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=constitucionaliza%E7%E3o+do+direito+privado&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1183378/RS. Relator ministro Luis Felipe Salomão. Data da Publicação 25/10/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=constitucionaliza%E7%E3o+do+direito+privado&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381. Data da Publicação DJe 05/05/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=119>. Acesso em: 23 de jul. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS 18749 / SP. Relator ministro Humberto Gomes de Barros. Data da Publicação DJ 25/11/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101256197&dt_publicacao=25/11/2002. Acesso em: 23 de ago. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 838.127/DF, Relator ministro Luiz Fux, DJe DJe 30/3/2009. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200600771664&data=30/3/2009>. Acesso em: 23 de ago. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1114049/PE, Relator ministro Luis Felipe Salomão, DJe 29/04/2011. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2009/0043871-6&data=29/4/2011>. Acesso em: 23 de ago. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.093.592 - SP. Relator ministro Sidnei Beneti. Data da Publicação 23/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=15412732&formato=PDF>. Acesso em: 11 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 213806 / RS, Relator ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 06/12/1999 p. 98. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199900412559&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 12 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 6251/ MG, Relator ministro Waldemar Zveiter, DJ DJ 18/02/1991 p. 1038. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=juros+m%FAtuo+cc+1916&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=95>>. Acesso em: 12 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>. Acesso em: 12 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no Ag 151689 / RS, Relator ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 01/03/1999 p. 327. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=juros+m%FAtuo+cc+1916&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=81>>. Acesso em: 12 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 1.274.629 - AP Relator: ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 16/05/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=28803717&sReg=201102045994&sData=20130620&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 13 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931513/RS. Relator ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região). Data da Publicação DJe 27/09/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700451627&dt_publicacao=27/09/2010. Acesso em: 14 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp nº 1187442/SC. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 03.02.2011. DJe 17.02.2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=13766002&sReg=201000595230&sData=20110217&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1121275/SP. Relatora ministra Nancy Andrighi, DJE 17/04/2012. DJe 17.02.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900196686&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 19 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1276311/RS. Relatora ministro Luis Felipe Salomão, DJe 17/10/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802363767&dt_publicacao=17/10/2011. Acesso em: 20 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RE nos EDcl no Recurso Especial nº 586.316/MG. Relator ministro Ari Pargendler, DJE 04/02/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200301612085&dt_publicacao=4/2/2010. Acesso em: 22 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.195.642/RJ – Relatora ministra Nancy Andrighi, DJE 21/11/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000943916&dt_publicacao=21/11/2012. Acesso em: 23 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 300550/SP– Relator ministro Raul Araújo, DJe 24/06/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201300457409&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 24 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag 1238446/SP – Relator ministro Luis Felipe Salomão, Data da Publicação 21/02/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902167812&dt_publicacao=21/02/2011. Acesso em: 25 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.093.592 - SP. Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). Data da Publicação DJe 24/05/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801106835&dt_publicacao=24/05/2010. Acesso em: 26 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1037759 - RJ. Relatora ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação DJe 05/03/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800510315&dt_publicacao=05/03/2010. Acesso em: 26 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 019734/PR - RJ. Relator ministro Sidnei Beneti. DJe 07/08/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesModuleocraticas/decisao.asp?registro=201201592959&dt_publicacao=07/08/2012. Acesso em: 26 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1114462 - SP. Relatora ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação 18/08/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesModuleocraticas/decisao.asp?registro=200900742814&dt_publicacao=18/8/2010. Acesso em: 26 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.114.049/PE – Relator ministro Luis Felipe Salomão, Data da Publicação 29/04/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15157926&sReg=200900438716&sData=20110429&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 193584/RJ – Relator ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Data da Publicação 18/04/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1674520&sReg=199800802452&sData=20050418&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 25 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 722600 – SC. Relatora ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação 29/08/2005. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500204018&dt_publicacao=29/08/2005. Acesso em: 26 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 27272/MG – Relator ministro Waldemar Zveiter. Data da Publicação 17/12/1992. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200232701&dt_publicacao=17/12/1992. Acesso em: 30 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1256703/SP – Relator ministro Luis Felipe Salomão. Data da Publicação 27/09/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100797156&dt_publicacao=27/09/2011. Acesso em: 30 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 80036 - SP. Relator ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data da Publicação 25/03/1995. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500608634&dt_publicacao=25-03-1996&cod_tipo_documento=3. Acesso em: 30 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381. Data de julgamento 22/04/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='381'>. Acesso em 02 de nov. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 917459/RS – Relator ministro Aldir Passarinho Junior. Data da Publicação 02/06/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3915644&sReg=200700102857&sData=20080602&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 39.138/RS. Relator ministro João Otávio de Noronha. Data da Publicação DJe 19/08/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=30319978&sReg=201101177806&sData=20130819&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 de out. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 476428/SC. Relatora ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação 09/05/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1184223&sReg=200201456245&sData=20050509&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 03 de nov. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 661145/ES. Relator ministro Jorge Scartezini. Data da Publicação 28/03/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1645637&sReg=200400662207&sData=20050328&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 de nov. de 2013.

CALLAGE NETO, Roque. *Tradição e modernidade na cidadania social das Américas: o caso de Canadá e Brasil: a representação de cidadania e construção do*

Bem Estar Social canadense-brasileira. Tese de doutorado. Universidade de Brasília – Centro de Pesquisa e Pós Graduação sobre As Américas – Ceppac. Brasília/2007. Disponível em: http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2613. Acesso em: 01 de Ago. de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. *Algunas palabras sobre las palabras de La Ley*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Ed. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASALI, Éllen Cássia Giacomini. *A natureza social do contrato: sua efetividade como imperativo da cidadania*. Dissertação (Mestrado em Direito Político Econômico). Orientador: Milton Paulo de Carvalho. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006.

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia aplicada ao direito*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. Ed. 20. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Civil: contratos*. Ed. 3. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 3.

CONDE, Samantha Santos. *Das cláusulas abusivas nos contratos de consumo – a cláusula geral da boa-fé*. In: *Novos rumos do direito contratual: estudos sobre princípios de direito contratual e suas repercussões práticas*. Coordenadora: Renata Domingues Balbino Munhoz Soares. São Paulo: LTr, 2009.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

COVELLO, Carlos Sergio. *Contratos bancários*. Ed. 3. Rev. e atual. São Paulo: Leud, 1999.

CUNHA, Belinda Pereira da. *Ônus da prova no Código do Consumidor*. In: *Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo*. Organizadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 6.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. Ed. 20. ed. Ver. e aum. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Ed. 2. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. Ed. 12. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. Ed. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: (Dec-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos*. Atualizada por Silva Pacheco. Ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. V. 3.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover et. al. Ed. 9. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

FIÚZA, César. *Por uma definição da contratualidade*. In: *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Organização: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2007.

FRANÇA, Limongi (Coordenador). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GARCIA, José Augusto. *O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo*. In: *Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo*. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOES, Gisele Santos Fernandes. *Ordem pública e os papéis da Justiça do trabalho e Ministério Público do Trabalho*. *Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 2, abr/jun 2011*. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/25344>>. Acesso em: 21 de ago. de 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. Ed. 6. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1.

_____. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Ed. 5. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. V. III.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Ed. 24. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Introdução ao direito civil*. Ed. 11. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A econômica na Constituição de 1988*. Ed. 14. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *A boa-fé nas negociações preliminares*. In: Contratos: formação e regime. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 4.

JORNAL Carta Forense on-line. Entrevista. Contrato e Ordem Pública. Luiz Edson Fachin. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/contrato-e-ordem-publica/5001>. Acesso em: 22 de ago. de 2013. s/n.

JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. Ed. 1. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá,

LISBOA, Roberto Senise. *Princípios gerais dos contratos*. In: Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. III.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. In: Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. III.

_____. *A informação como direito fundamental do consumidor*. In: Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. III.

_____. *Contratos no Código do Consumidor*. In: Direito do Consumidor: contratos de consumo. Coordenadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. IV.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Ed. 7. Rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Hermam; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Ed. 5. Rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Diálogo entre o CDC e o novo Código Civil*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. I.

_____. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. I.

_____. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*. In: *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. Coordenação de Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTINS-COSTA, Judith. *Direito Privado como sistema em construção*. In: *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. V. 1 N. 1 | P. 041 - 066 | MAIO 2005. Disponível em: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_01_p041_066.pdf. Acesso em: 16 ago. 2013.

MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. 2. São Paulo: Atlas, 2011.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Teoria da Constituição e a constitucionalização dos Direitos*. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional. Tema Teoria Constitucional do Direito*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). São Paulo: ESDC, 2006. Nº 7. Vol. 2. Jan.-Jun./2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. 11. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Ovídio Jairo Rodrigues. *Concepção de cidadania*. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 85. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-13122010/. Acesso em: 23 de abr. 2013.

MIRAGEM, Bruno. *O direito do consumidor como direito fundamental*. In: *Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 2.

_____. *Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. In: *Direito do consumidor: contratos de consumo*. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 4.

_____. *Mercado, fidúcia e banca*. In: *Direito do Consumidor: contratos de consumo*. Coordenadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 4.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. Tomo 3.

_____. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial: Direito das Obrigações: Mútuo. Mútuo a risco. Contrato de conta corrente. Abertura de Crédito. Assinação e Acreditivo. Depósito*. Ed. 3. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MONTEIRO, António Pedro Pinto. *Da Ordem Pública no Processo Arbitral*. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_16975.doc. Acesso em: 06 de out. de 2013.

MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. *Negócio Jurídico: vícios sociais*. Curitiba: Juruá, 2009.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Defesa dos interesses coletivos lato sensu*. In: Direito do Consumidor: Tutela das relações de consumo. Organizadores: Claudia Lima Marque e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 6.

MOREIRA, Carolina Xavier da Silveira. *Função social do contrato: um limite imposto à liberdade contratual*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2005. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1403. Acesso em: 19 de jun. de 2013.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. In: Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo. Organizadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 6.

MUJALLI, Walter Brasil. *Teoria Geral dos Contratos: doutrina, legislação, jurisprudência, prática*. Campinas: Bookseller, 1998.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. 21. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Curso Civil: Contratos*. Ed. 5. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. 3.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. Ed. 6. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do CDC*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis*. In: Direito do Consumidor: Vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Organizadores: Claudia Lima Marque e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 2.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de Defesa do Consumidor e os contratos bancários*. Campinas: LZN Editora, 2002.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários*. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 21, vol. 84, out.- dez./2012. Coordenação de Claudia Lima Marques. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2012.

PAGE, Henri de. *Droit Civil Belge: principes, doctrine, jurisprudence*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1933.

PAULIN, Luiz Alfredo. *Contrato de mútuo (empréstimo) bancário*. In: *Contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia*. Organizadores: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 5.

PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ed. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil*. Ed. 22. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do CDC aos serviços bancários*. In: *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Organizadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

PINSKY, Jaime. *História da cidadania*. Organização de Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky. 4. Ed. 2ª Reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

PIZARRO, Sebastião Nóbrega; CALIXTO, Margarida Mendes. *Contratos Financeiros: leasing, agência, franchising, factoring, permuta, mútuo*. Ed. 2. Coimbra: Almedina, 1995.

RAMOS, Gisela Gondin. *Princípios Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. Ed. 4. Anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. 20.XI.03. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 28 de out. de 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. Ed. 5. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Curso Avançado de Direito Civil: contratos*. Coordenação Everaldo Augusto Cambler. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. Ed. 30. Atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. V. 3.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *A doutrina do terceiro cúmplice*. In: Obrigações e contratos: contratos; princípios e limites. Organização de Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 3.

ROESLER, Claudia Rosane. *Para compreender o papel da Constituição na teoria constitucionalista do direito: apontamentos a partir da teoria de Theodor Viehweg*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. Tema Teoria Constitucional do Direito. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). São Paulo: ESDC, 2006. nº 7. Vol. 2. Jan.-Jun./2007.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra. Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. *Morte e transfiruração do contrato de consumo?* In: In-Pactum. Publicação quadrimestral da Revista do Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Católica de Pernambuco. Nº 3, ano 1, Janeiro/Abril de 2009. Disponível em: <http://www.unicap.br/revistas/inpactum/PDF/inpactum3.pdf>. Acesso em: 10 de nov. de 2013.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y La Justicia*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994. Disponível em: <http://teoriageneraldelederecho122028.files.wordpress.com/2010/10/sobre-el-derecho-y-la-justicia-alf-ross.pdf>. Acesso em: 16 de jun. de 2013.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1999. V. 1.

SAES, Décio Azevedo Marques de. A questão da evolução da cidadania política no Brasil. *Estud. av.*, São Paulo, v. 15, n. 42, Aug. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000200021&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 Ago. 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominaos II: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo (comodato – mútuo)*. Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Coordenadores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

SILVA, De Plácido e. *Dicionário Jurídico: edição universitária*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. V. III e IV.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. Rev. e atual. São Paulo: 2010.

SOARES, Ana Carolina Trindade. *A proteção do contratante vulnerável: estudo em uma perspectiva civil-constitucional*. Maceió: EDUFAL, 2009.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2004.

STRENGER, Irineu. *Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais*. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e contratos: serviços e circulação. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 6.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. Disponível em: http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao_artigo=5. Acesso em: 24 de set. de 2013.

_____. *Ordem Pública e relações jurídicas privadas*. In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletimcientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de2005/direito-civil-e-ordem-publica-na-legalidade-constitucional/at_download/file. Acesso em: 08 de out. de 2013.

_____. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*. In: Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Organizadores Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

TEPEDINO, Maria Celina B. M.. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: Doutrinas Essenciais - Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 3.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *O contrato e sua função social*. Ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Contratos – Princípios Gerais*. In: Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

TONET, Ivo. *Educar para a cidadania ou para a liberdade?* In: Perspectiva, Florianópolis, v. 23, n. 02, p. 469-484, jul./dez. 2005. Disponível em: http://www.perspectiva.ufsc.br/perspectiva_2005_02/13_artigo_ivo_tonet.pdf. Acesso em: 27 de jun. de 2013.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *A eficácia externa dos contratos*. In: Obrigações e contratos: contratos; princípios e limites. Organização de Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 3.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *O Código do Consumidor e o Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OCodigodoConsumidoreoCodigoCivil.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2013.

_____. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Ed 11. São Paulo: Atlas, 2011. V. II.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *O Código Civil brasileiro no contexto dos sistemas de Direito Comparado*. In: Experiências do Direito. Coordenação de Miguel Reale, Miguel Reale Júnior e Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium Editora, 2004.

WEBERBAUER, Paul Hugo. *Sobre a influência da constitucionalização do Direito Privado na idéia de ordem pública internacional*. Periódico acadêmico semestral. Teresina – PI, v. 01, n. 01, Jul/Dez 2011. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/1079>. Acesso em: 04 de set. de 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direito*. In: Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. Organização: Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2003.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim no Direito*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.