

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

FACULDADE MINEIRA DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O CONSUMIDOR DE CRÉDITO BANCÁRIO EM JUÍZO:
A função social do contrato e o fornecimento irresponsável do crédito.**

Adriano de Ávila Campos

**Belo Horizonte
2009**

Adriano de Ávila Campos

**O CONSUMIDOR DE CRÉDITO BANCÁRIO EM JUÍZO:
A função social do contrato e o fornecimento irresponsável do crédito.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta

**Belo Horizonte
2009**

Adriano de Ávila Campos

**O CONSUMIDOR DE CRÉDITO BANCÁRIO EM JUÍZO:
A função social do contrato e o fornecimento irresponsável do crédito.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto (FDMC)

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza – PUC Minas

Belo Horizonte, 19 de Junho de 2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C198c Campos, Adriano de Ávila
O consumidor de crédito bancário em juízo: a função social do contrato e o fornecimento irresponsável do crédito / Adriano de Ávila Campos. Belo Horizonte, 2009.
109f.

Orientador: Eduardo Goulart Pimenta
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito do consumidor. 2. Abuso de direito. 3. Direito econômico. 4. Boa-fé (Direito). 5. Código de defesa do consumidor (1990). 6. Contrato bancário. I. Pimenta, Eduardo Goulart. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.734

Dedico este trabalho a minha amada Melissa, pelos dias de convívio que se perderam, pela dedicação e compreensão.

A Marcela, que ainda nem chegou e já é destinatária de um amor incondicional.

À minha mãe, fonte de eterna motivação, com muita saudade.

Ao meu pai, pelo apoio.

Ao Alexandre, irmão, amigo e companheiro de todas as horas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço sinceramente a amiga Fernanda Diniz, grande incentivadora deste trabalho. Sem seu apoio nada disto seria possível.

A pequena cidade do Serro, que me ensinou sobre responsabilidade, afeto e trabalho.

Ao meu orientador Dr. Eduardo Goulart Pimenta, pela paciência e seriedade nesta orientação, desenvolvida entre minhas inúmeras viagens ao Serro.

RESUMO

O presente estudo abordou as conseqüências e implicações geradas pelo fornecimento irrestrito de crédito, através de instituições bancárias. Através de um enfoque valorativo dos princípios constitucionais fundamentais em consonância com as normas infraconstitucionais, busca-se discutir as teorias acerca da boa-fé objetiva em contraposição à função social a que estão sujeitos os contratos em geral, em especial os contratos bancários. Submetidos a um Estado Democrático de Direito, é de se impor a todos uma conduta humana ética e legal, adequada a um Estado de Justiça através da constitucionalização das relações privadas. Ciente da importância que possui o crédito como motor da economia faz-se necessária uma tutela jurídica específica, para equilibrar as relações contratuais e fornecer meios àqueles que se encontram em situação contratual desfavorável de fazer face a suas dificuldades. Com este intuito, traçou-se um panorama de soluções disponíveis no ordenamento para regulamentar os contratos de crédito e devolver o equilíbrio contratual àquela relação privada.

Palavras-chave: Abuso do Direito. Atividade econômica. Boa-fé objetiva. Código de Defesa do Consumidor. Contrato bancário. Fornecedor de crédito. Função social. Onerosidade excessiva.

ABSTRACT

The present study approaches the consequences and implications of the irrestrictive provision of credit through banking institutions. From a value perspective of the fundamental constitutional principles in consonance with the non-constitutional norms, we seek to discuss the theories regarding the objective good-faith as opposed to the social function to which the contracts in general, and especially the bank agreements, are subject. Once we are subordinated to a Democratic State of Law, it is necessary to impose to all an ethical and legal human conduct, one which is appropriate for a State of Justice through the constitutionalization of private relations. Given the importance of the credit as an economic gear, a specific legal protection is necessary to balance the contractual relations and to provide those who are in a disadvantaged contractual situation with means to face their difficulties. For that purpose, an array of solutions available in the legal system were designed to regulate the credit agreements and restore the contractual balance to that private relation.

Key Words: Right abuse. Economic activity. Objective good-faith. Consumer Defense Code. Bank agreement. Provision of credit. Social Function. Excessive onerousness.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn – Ação direta de inconstitucionalidade

BACEN – Banco Central do Brasil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CC – Código Civil

CONSIF – Confederação Nacional do Sistema Financeiro

CR – Constituição da República

CPC – Código de Processo Civil

EUA – Estados Unidos da América

FED – Banco Central Americano (EUA)

PROCON – Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
1.1 Objetivos	12
2 AS RELAÇÕES CONTRATUAIS COMO EVOLUÇÃO SOCIAL.....	13
2.1 A atual relação contratual e sua positivação.....	16
2.2 Os contornos de uma Autonomia Privada Constitucional.....	17
3 A FUNCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO.....	21
3.1 A função social do contrato no atual Código Civil.....	23
3.1.1 <i>Aspecto intrínseco da Função Social: a boa-fé objetiva</i>	27
3.1.2 <i>A função extrínseca do contrato</i>	30
4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	32
4.1 O Consumidor.....	33
4.1.1 <i>Limites jurídicos da oferta e da publicidade</i>	36
4.2 Fornecedor.....	38
4.3 Produto.....	40
4.4 Serviço.....	40
4.4.1 <i>Serviços de natureza bancária</i>	41
5 A IMPORTÂNCIA DO CRÉDITO NA ATUAL SOCIEDADE DE CONSUMO.....	43
5.1 O superendividado: um problema social.....	44
6 OS CONTRATOS BANCÁRIOS E A POSSIBILIDADE DE SUA REVISÃO.....	47
6.1 Conceito pós-moderno de contrato.....	47
6.2 Contratos Bancários.....	49
7 EXCESSO DE ONEROSIDADE: O GRANDE VILÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS.....	54
7.1 Teoria da onerosidade excessiva.....	58
7.2 Conceito de onerosidade excessiva.....	58
7.3 Taxas abusivas de juros.....	60
7.3.1 <i>Controle dos juros no atual Código Civil</i>	64
7.3.2 <i>Composição da taxa média de mercado</i>	66
7.3.3 <i>Anatocismo: a capitalização composta de juros</i>	67
7.3.4 <i>A Medida Provisória 2.170-36</i>	69
7.3.5 <i>Cumulação de encargos, como comissão de permanência, correção monetária e multa moratória</i>	71
7.4 A prova da onerosidade excessiva.....	74
7.4.1 A possibilidade da inversão do ônus da prova.....	77
8 O CONSUMIDOR EM JUÍZO PELO CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	80
8.1 Formas de controle.....	80
8.2 Controle administrativo.....	81
8.2.1 <i>Legitimidade do Ministério Público na defesa do consumidor</i>	82
8.2.2 <i>Atuação do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional</i>	83
8.3 Controle judicial.....	85
8.3.1 <i>Ações individuais</i>	86

8.3.2 Ações coletivas.....	87
8.3.3 A Súmula 286 do STJ: possibilidade de revisão de contratos objeto de novação.....	89
9 O ABUSO DO DIREITO NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS.....	91
9.1 Abuso do direito no Código Civil.....	92
9.2 Disposições processuais sobre Abuso do Direito.....	94
10 A ATUAL CRISE FINANCEIRA MUNDIAL COMO REFLEXO DA CONCESSÃO IRRESPONSÁVEL DE CRÉDITO.....	96
10.1 A crise e seus reflexos no Brasil.....	99
11 CONCLUSÃO.....	101

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer que este trabalho teve início em uma realidade econômica um pouco diferente da atual. Quando ainda em germe, o presente trabalho tinha como realidade uma economia estagnada, com altos índices de desemprego, inadimplência e juros que, apesar de sinalizarem uma queda, ainda estavam em patamares muito mais altos do que atualmente.

No ano de 2007, apenas os cinco maiores bancos privados tiveram, de lucro líquido, cerca de 20 (vinte) bilhões de reais, o que representou cerca de 90% de crescimento em relação aos lucros de 2006. E o principal fator deste crescimento foi exatamente a oferta de crédito no mercado, especialmente com a popularização do uso de cartões de crédito, empréstimo consignado em folha de pagamento e o contrato de mútuo conhecido como cheque especial (crédito pré-aprovado, disponibilizado diretamente na conta do cliente). Outro fator que também pode ser observado foi a concentração das relações negociais com instituições bancárias. Hoje, várias transações que eram cumpridas pessoalmente, acontecem através de um banco, como o recebimento de salários, abertura de empréstimos, pagamento de mensalidades escolares, etc. Segundo informações veiculadas na mídia, esta conversão de valores em direção aos estabelecimentos bancários fez com que a receita oriunda de tarifas passasse de 6,5% para cerca de 19%.

De qualquer forma, a atual realidade somente vem ratificar a real intenção deste trabalho: sopesar a boa-fé objetiva, que deve sempre preceder o aperfeiçoamento de qualquer contrato, para que cumpra sua função social, e as condições reais nas quais se deram a concessão do crédito, analisando tanto a posição de quem o concede quanto de quem o recebe.

O que se pretende estudar é exatamente o caminho percorrido pelos contratantes, falando de forma psicológico-normativa, ou seja, a intenção, sempre em comunhão com a lei, tanto na proposta quanto no desenvolvimento contratual até sua conclusão, respeitando os princípios contratuais da livre manifestação de vontade e *pacta sunt servanda* e o paradigma do direito contemporâneo da boa-fé objetiva. Almeja-se aplicar a interpretação da boa-fé objetiva conciliando os novos princípios contratuais com os princípios liberais do contrato.

Pertinente lembrar que pela função social dos contratos, os negócios jurídicos patrimoniais devem ser analisados de acordo com o meio social. Não pode o contrato trazer onerosidades excessivas, desproporções, injustiça social.

Coloca-se como problema o desafio de determinar até que ponto o contrato de concessão de crédito cumpre sua função social e, mais importante, qual a responsabilidade das instituições financeiras na concessão do crédito.

A previsão do art. 413 do novo Código Civil, por exemplo, é típica situação de relativização da força obrigatória do contrato, justamente uma das consequências da função social dos negócios jurídicos, onde a cláusula penal prevista contratualmente deve ser aplicada equitativamente pelo juiz nos casos de cumprimento parcial da obrigação ou excesso em sua estipulação.

O consumidor brasileiro, que ainda não tem o amadurecimento para lidar com a imensa oferta de crédito disponível atualmente (fato sem precedentes em nossa história econômica), encontra-se endividado muitas vezes devido à forma agressiva e irresponsável com que as instituições financeiras concedem o crédito. Ao concederem este produto sem a devida cautela, estas instituições geram danos ao consumidor que, sufocado pelo crescimento exagerado da dívida, recorre ao Judiciário para a devida reparação.

Muitas vezes o fornecimento desmedido de crédito é mais danoso ao consumidor do que sua própria situação financeira atual. A dívida assumida fica impagável em poucos meses, obrigando o consumidor a pleitear judicialmente o estabelecimento de um “equilíbrio” entre o crédito concedido e a remuneração da instituição financeira.

Mas também não podemos ignorar que o consumidor nem sempre está na posição desfavorável que se presume. Se não está ainda familiarizado com o crédito fácil que é posto à sua disposição, o mesmo não se pode dizer de seu conhecimento sobre as prerrogativas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, em vigor há quase duas décadas.

O consumidor também, em algumas situações, age de má-fé. Principalmente quando, para se ver livre de uma situação econômica grave, contrata crédito de forma financiada, sabendo-se incapaz de honrar o pactuado. Vale-se então do judiciário, para rever cláusulas das quais tinha ampla ciência, utilizando-se abusivamente de prerrogativas que visam o equilíbrio contratual, visando locupletar-se indevidamente.

O acesso ao crédito é direito fundamental que visa à preservação da dignidade da pessoa, e é fato que seu consumo é cada vez maior. O objetivo não está na rescisão contratual, e sim visando sempre o princípio da conservação do negócio jurídico, buscando seu fim social. Mas o fim social somente pode ser alcançado quando dentro dos princípios que o norteiam, principalmente a boa-fé objetiva.

Assim, faremos uma visita aos princípios aqui destacados, notadamente o da boa-fé objetiva e da função social do contrato, buscando a melhor adequação e interpretação destes,

de forma a embasar sua aplicação (e imputação de responsabilidades pelo juiz) e a reprimir o abuso do direito.

1.1 Objetivos

Assim, tem-se como objetivos deste trabalho discutir a aplicabilidade e interpretação do princípio da boa-fé objetiva em contraposição a função social a que estão sujeitos os contratos em geral, em especial os de crédito bancário, além de lançar bases teóricas que possam definir e limitar a boa-fé objetiva contratual, preservando o princípio da liberdade de contratar e observando a função social do contrato.

A autonomia da vontade compõe o suporte fático dos negócios jurídicos (*fattispecie*), constituindo-se como um dos elementos nucleares do mesmo, gerando efeitos criativos, modificativos ou extintivos de um objeto lícito, possível e de forma não defesa em lei.

Assim, os atos *ultra vires* consolidam-se como negócio jurídico, uma vez que a vontade dos administradores constitui-se em pressuposto básico dos respectivos atos.

Mas os contratos não podem mais ser vistos simplesmente como resultado da autonomia da vontade dos agentes. A nova visão de Direito Civil altera seu foco patrimonialista para uma visão do ser humano, com direito à dignidade social e econômica.

Essa “crise” que atinge em cheio o Direito Contratual, é fruto das idéias de função social do contrato e da propriedade, acompanhados do crescimento de direitos protetivos do consumidor. Assim, o Código Civil deixa de ocupar o centro do ordenamento civil para dar lugar à Constituição e seus princípios, sempre focado na figura humana. Diante desta significativa alteração, o presente trabalho pretende discutir estas alterações de paradigmas que afloram no Direito Civil atual.

2 AS RELAÇÕES CONTRATUAIS COMO EVOLUÇÃO SOCIAL

Somente podemos entender nosso presente e nosso futuro, olhando o passado. E a evolução das relações sociais ocorrida nos últimos séculos reflete-se diretamente na realidade jurídica daquela sociedade em estudo. Assim, quando se investiga o desenvolvimento das relações entre os homens, fatalmente tal evolução tem conseqüências na esfera jurídica, razão pela qual optamos por expor, sucintamente, o crescimento e amadurecimento destas relações.

Quando o homem manifesta sua vontade com a intenção de gerar algum efeito jurídico, a expressão desta vontade é chamada de negócio jurídico¹.

E esta manifestação da vontade das partes é de grande interesse ao mundo jurídico, tanto que, segundo Bobbio², durante o período da Revolução Francesa (1790 e 1800) a idéia

1 Diferentemente do ato jurídico strictu sensu, no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos, que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um. Assim é que, por exemplo, nos contratos – que são a mais importante espécie de negócio jurídico – em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem. (MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 166).

² BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004., p. 58.

de codificar o direito adquire interesse político. E como precursor deste movimento entra em vigor na França, no ano de 1804, o chamado Código de Napoleão, considerado expoente do pensamento jurídico da época, tendo como princípios basilares do direito contratual a autonomia da vontade e a iniciativa privada.

Na Inglaterra da segunda metade do século XVIII inicia-se a Revolução Industrial marcada principalmente por um modo de produção em grande escala que concentra a propriedade (e os meios de produção) nas mãos de poucos, aumentando consideravelmente as diferenças sociais, culminando em movimentos operários e luta socialista.

O fim da Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa de 1917 podem ser considerados marcos históricos da ruptura com o modelo sócio-econômico vigente durante todo o século anterior. O temor de uma Revolução Proletária, proclamada por uma enorme massa proletária, e a doutrina de cunho social da Igreja expressa pela encíclica Papal *rerum novarum*³, fizeram com que os países ocidentais reformassem o modelo sócio-econômico até então vigente e sua igualdade formal. Nasce então uma concepção de Estado diferente, chamado de "Estado Social", influenciando legislações do mundo inteiro e criando um novo modelo contratual ajustado às novas exigências sociais.

Na visão do Estado Liberal, o contrato é instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade reina ampla e livremente. O contrato tem força de lei, mas esta força se manifesta apenas entre os contratantes sem qualquer preocupação "*ultra partes*", salvo as normas de ordem pública. O direito contratual que se tornou paradigma é o que se desenhou durante a hegemonia liberalista, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autonomia da vontade.

De acordo com Enzo Roppo⁴, o liberalismo, no campo dos contratos, de um lado desata o indivíduo das imposições Estatais de origem feudal, permitindo-lhe a abstrata possibilidade, igual para todos (sob o aspecto formal) de desenvolver sua livre iniciativa. De outro, configura um instrumento funcionalizado para operar do modo de produção capitalista e neste sentido realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista, já que não há parâmetros para a liberdade contratual.

Este modelo de estrutura não tardou a expor a desigualdade real que escondia, já que não tinha qualquer preocupação em amparar parte hipossuficiente na relação jurídica. Foi

³ A Encíclica *Rerum Novarum* trata sobre a condição dos operários (em latim *Rerum Novarum* significa "Das Coisas Novas"). Foi escrita pelo Papa Leão XIII a 15 de Maio de 1891. Era uma carta aberta a todos os bispos, debatendo as condições das classes trabalhadoras. O documento papal se refere a alguns princípios que deveriam ser usados na procura de justiça na vida industrial e sócio-econômica, como por exemplo a melhor distribuição de riqueza, a intervenção do Estado na economia a favor dos mais pobres e desprotegidos, a caridade do patronato aos trabalhadores. (disponível em <www.wikipedia.com.br> acessado em 22 mar. 2008)

⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 36.

diante disto que se passou a exigir do Estado uma atuação diferente no campo jurídico, retirando-se da sua posição de Estado meramente garantidor, que apenas protegia o direito, inclusive por meio de repressão, para uma posição de Estado-dirigista, com a finalidade de promover novos valores, intervindo diretamente nas relações privadas para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais.

O Estado se afasta da adjetivação Liberal para se revestir como Social, reconhecendo os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais sob a proteção do Estado. Apesar de sua criação na década de 20, o Estado Social passa a intervir como regulador da economia efetivamente durante a década de 30. A crise de 1929 iniciada nos Estados Unidos elevou a economia ao status de política fundamental dos governos. Em países como a Alemanha foram criados cartéis oficiais para a condução econômica regulada pelo Estado.

Segundo Barcelona⁵, são três os postulados do Estado Social: a) igualdade material em contraponto à igualdade formal; b) reconhecimento recíproco da subjetividade social em face da subjetividade abstrata; c) princípio da solidariedade e de intervenção Estatal na economia.

Para João Hora Neto⁶ “inicia-se assim o fenômeno da superação do Código Civil de 1916, à vista do descompasso com a nova realidade socioeconômica insurgente, a demandar direitos e garantias”. Em decorrência desta “superação”, inicia-se um processo de fragmentação do Código Civil, sendo que certas matérias passaram a ser reguladas por leis especiais, verdadeiros microssistemas jurídicos, que tratam mais pormenorizadamente as matérias a que se propõem normatizar.

Ao tratar desta travessia, do Estado Liberal para o Estado Social, Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁷ observa que, no segmento dos contratos, o Estado passa “a invadir a autonomia da vontade para, em primeiro lugar, por meio da lei, garantir uma desigualdade que faça o papel de equilibrar a desigualdade inversa que a situação das partes intrinsecamente envolve”.

O incremento das relações negociais exige que o ordenamento jurídico também se desenvolva. Em cada época, o contrato é chamado a desempenhar funções. Segundo Rosalice Fidalgo⁸, o contrato desempenha vários papéis, de acordo com o enfoque de interesse:

“no âmbito das relações sociais ele se constitui como emanção da personalidade de seu autor; na esfera política, ele mostra-se como

⁵ BARCELONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Editore, 1996, p. 108-109.

⁶ HORA NETO, João. *O princípio da função social do contrato no Código de 2002*. *Revista de Direito Privado*, n.º 12.

⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 136.

instrumento de justificação do Estado, como pretenderam esboçar as teses contratualistas; no aspecto econômico, ele reflete as mudanças do modo de produção vigente, remetendo-se à idéia de operação econômica”.

Tanto as atividades econômicas quanto a privada encontram-se condicionadas a uma finalidade social. O exercício do direito de propriedade, base do ordenamento jurídico privado moderno, passa a sofrer limitações de forma a coibir abusos, o que não retira seu conteúdo individual, mas acarreta uma nova concepção no sentido de harmonizar interesses. Para Pierlingieri⁹, tais limites não são mais externos e excepcionais, mas sim internos, sendo expressões diretamente instituídas e geradas nos valores constitucionais.

Assim, percebemos que os significados, conteúdo e reflexo social do contrato modificam-se conforme as mudanças de valores da humanidade, sendo que os princípios contratuais, ao seu turno, espelham tais alterações evolutivas. O direito contratual espelha as normas, a ideologia e o pensamento dominante em uma determinada época, refletindo o desenvolvimento social e político daquela sociedade.

2.1 A atual relação contratual e sua positivação

O Estado de direito atual, com as garantias constitucionais já alcançadas, não mais comporta a simples igualdade formal entre indivíduos, requerendo intervenção Estatal para assegurar que interesses particulares não se sobreponham a interesses sociais, buscando sempre a consolidação de uma igualdade dita material nas relações firmadas entre os cidadãos. Torna-se imperativo, portanto, estabelecer um equilíbrio entre a liberdade individual e o bem estar coletivo, como impõe a Constituição Federal de 1988, que tem a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos e a construção de uma sociedade solidária como um de seus objetivos.

O atual Código Civil assinalou novos rumos ao direito privado, como a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Buscou a atual legislação trazer em seu bojo o contexto da “ideologia social”, em contraponto ao traço predominantemente individualista do Código anterior. Submeteu a propriedade à funcionalidade, aos interesses gerais como limitadores da

⁹ PIERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rios de Janeiro: Renovar 2002, p. 280.

individualidade, impôs ao contrato a observância de uma função social tanto interna (*inter partis*) como externa.

Percebemos então que a exaltada “*Konsumgesellschaft*”¹⁰ não nos trouxe somente benefícios: a posição do consumidor na relação de consumo antes paritária (na qual fornecedor e consumidor eram mais próximos, aumentando-se o poder de barganha) passa a ser regida quase que unicamente pelos ditames do fornecedor. Esta vulnerabilidade do consumidor não pode, e não consegue ser suprida pelo mercado (já que não é a isto que serve).

Neste contexto, necessária a intervenção estatal, normatizando as relações consumeristas e “dirimindo conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação”¹¹. Assim, podemos identificar no contrato alguns princípios sociais como o da boa-fé objetiva, que será oportunamente estudado, o princípio da equivalência material do contrato¹² e o princípio da função social do contrato.

2.2 Os contornos de uma Autonomia Privada Constitucional

Como exposto, a sociedade tem no Estado um grande controlador das atividades ligadas a fins sociais. A execução de alguns serviços tidos como essenciais devem ser por este mantida, sob pena de insuficiência na sua prestação. Mas não é só isso. O Estado também detém um papel muito importante na atual sociedade contemporânea, uma vez que tem o dever de garantir que todos aqueles que participam do processo de satisfação dos interesses sociais conduzam suas atividades de forma a atingir este objetivo.

De nada adiantará a participação da iniciativa privada sem que os interesses sejam devidamente equacionados na ordem econômica. A globalização das sociedades deve ser ligada à concepção de que todos têm o direito de participar do mesmo patamar civilizatório, conforme Bernardo Sorj¹³:

¹⁰ “Sociedade de consumo”(tradução livre do autor).

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O código de defesa do consumidor no sistema sócio-econômico brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, n. 91, p. 277-287, jan./dez. 1996.

¹² GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

¹³ SORJ, B. *Brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 13

É importante confrontar simplificações maniqueístas que esquecem o substrato de valores comuns que orienta hoje boa parte da humanidade e que se expressa na prática pelas fortes interligações, ainda que por vezes conflituosas, entre os diversos atores sociais (Estado, empresa, ONGs). Nas últimas décadas, nas ciências sociais, predominam teorias que, procurando desvendar os mecanismos de reprodução da desigualdade social, perdeu do horizonte intelectual a necessidade de explicar os processos que atuam no sentido contrário, isto é, no fortalecimento dos valores de liberdade, solidariedade e justiça social. Uma boa teoria social deve dar conta tanto dos dispositivos que reproduzem a desigualdade e a dominação quanto dos que fazem com que a liberdade, a solidariedade e a igualdade continuem a ser valores centrais na vida das sociedades contemporâneas. Explicar o mundo atual exige que a análise social mostre o entrelaçamento complexo entre ambos os processos: os que alimentam a desigualdade e aqueles que levam a uma maior justiça distributiva.

A concepção de um modelo social de Estado, focado na busca de uma vontade real, conformada com o equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico deve ser mantida a fim de resguardar o campo da liberdade de agir individual, também em diálogo equilibrado com a satisfação de necessidades coletivas.

Não podemos nos esquecer que, na prática, os postulados do Estado Social não obtiveram muitos resultados¹⁴, até porque é recente a história de uma verdadeira democracia brasileira. O período da ditadura militar¹⁵ trouxe benefícios estruturais para os serviços públicos de um modo geral, porém, pouca (ou nenhuma) efetividade existiu na defesa de direitos humanos.

No caso brasileiro, a promulgação da Constituição de 1988 é marco para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais, como instrumentos de efetivação da dignidade humana. Também no texto constitucional ocorre a consagração da liberdade econômica, através da consagração da livre iniciativa como um dos fundamentos da República (art. 1º, IV, CR/88).

¹⁴ Segundo Carlos Frederico Marés: “As ditaduras, especialmente as latino-americanas, não cumpriram a cartilha do bem estar social. A maior parte perdeu-se na corrupção ou na luta pela manutenção do próprio poder, (...) perderam tempo de vida tentando aumentar o tempo de vida. Algumas, dominadas pelas forças do poder rural cumpriram as garantias trabalhistas urbanas, como o Brasil de Vargas, mas deixaram totalmente de lado uma reforma agrária profunda”. (MARÈS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 96)

¹⁵ Importante o pensamento de Caio Prado Júnior, de janeiro de 1976, que muito claramente recorda os efeitos do referido “milagre econômico” que atravessamos: “Em conclusão, o ‘milagre’ brasileiro não passou de breve surto de atividades estimulado por conjuntura internacional momentânea e fruto de circunstâncias excepcionais. Encerrado o ciclo dessa situação excepcional e invertida a conjuntura, o Brasil retorna à sua medíocre normalidade amarrada ao passado. Com a agravante agora de fazer frente ao oneroso custo de seu instante de euforia e sonho de seus dirigentes com um Brasil ‘plenamente desenvolvido’ e ‘grande potência’ em curto prazo”. (PRADO JÚNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. 43ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1998, p.356)

O poder da liberdade da iniciativa privada também sofre outras restrições. Existem limites que se destinam a estabelecer regras para o exercício de determinada atividade empresarial¹⁶. Além deste, vincula-se a iniciativa a uma função social (que será oportunamente estudada).

Portanto, há que se admitir a tutela constitucional privada, decorrente da consagração da livre iniciativa como princípio do Estado Democrático de Direito¹⁷. Deste modo, a autonomia privada continua com grande importância nas relações, ganhando em relevância a exata coerência entre o agir individual e a satisfação das necessidades coletivas.

Assim, podemos afirmar que a autonomia privada deve ser vista sempre em razão de sua finalidade social. Através desta visão, é possível determinar um diálogo equilibrado entre pessoa e mercado, com a abertura e mobilidade do sistema jurídico¹⁸.

A liberdade de iniciativa, consagrada em nossa Constituição, confere à autonomia privada a condição de direito fundamental, mas que contém em si a preocupação com a justiça social, uma vez que encontra razão de ser no diálogo entre interesses diversos e na consonância com os objetivos sociais.

A dinâmica atual faz com que a autonomia privada seja mais bem delineada, como fruto do desenvolvimento político-econômico das sociedades. A sua tutela constitucional e sua posição como direito fundamental podem ser garantia de um desenvolvimento mais equilibrado para a sociedade brasileira, servindo como base segura da permanência do homem como centro do ordenamento.

Com a reformulação das relações entre Estado e sociedade, os direitos fundamentais passam a desempenhar papel de valor constitucional, não mais como direitos naturais, e sim como resultado de uma conquista histórica¹⁹. A consagração da dignidade da pessoa humana

¹⁶ A autonomia privada também sofre limitações impostas por legislações extravagantes. Paulo Nalin aponta que tais restrições “acabaram por ditar um novo conceito ao princípio, a partir do qual o limite se incorporou ao princípio”. (NALIN, Paulo. *Autonomia privada na legalidade constitucional*. In: *Contrato e Sociedade: princípios de direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2006, p.31)

¹⁷ AMARAL, Francisco. : *Direito Civil: introdução*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152

¹⁸ Ainda segundo Paulo Nalin: “Em perspectiva, finalmente, coloca-se a autonomia privada, estruturada pela Constituição da República, a partir da livre-concorrência e, nessa fonte, qualificada como direito fundamental, relativa ao seu tempo, sendo ela, a meu ver, antes, uma decorrência da estrutura (razão) socializante do atual sistema privatístico do que um isolado princípio do Direito Privado que sofre os limites, influxos, talvez, de um forte constitucionalismo”. (NALIN, Paulo. *Autonomia privada na legalidade constitucional*. In: *Contrato e Sociedade: princípios de direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2006, p.33)

¹⁹ Nas palavras de Norberto Bobbio: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Falar de direitos naturais ou fundamentais, inalienáveis ou invioláveis, é usar fórmulas de uma linguagem persuasiva, que podem ter uma função prática num documento político, a de maior força à exigência, mas não têm nenhum valor

passa a orientar os rumos do desenvolvimento econômico a partir de uma concepção solidária e orientada para a promoção da justiça social.

A aplicação do Código Civil atual com a visão da Constituição de 1988 pode contribuir para conferir maior concretude aos objetivos fundamentais da República, traduzindo maior respeito aos interesses individuais em estreita adequação com as finalidades sociais.

3 A FUNCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO

A visão do direito civil, tendo como norte o direito constitucional, importa em rompimento de conceitos a fim de garantir às relações jurídicas privadas uma adequada e efetiva proteção da justiça. Os conceitos erigidos na doutrina clássica²⁰ devem ser permeados de princípios formadores da base do convívio social, flexibilizando a aplicação do direito. Porém, sem descaracterizar a validade e eficácia normativa infra-legal dos princípios constitucionais fundamentais.

Desta maneira, a rigidez da doutrina clássica torna-se maleável, fluida e aberta, permitindo interpretações que façam prevalecer a eficácia dos direitos fundamentais sobre o direito civil, garantindo condições efetivas para a defesa dos valores inerentes à pessoa.

E a possibilidade de interpretação do contrato inibe enormemente os abusos cometidos anteriormente, onde havia liberdade absoluta para contratar. Hoje, o contrato deve ter sua estrutura e interpretação voltada para a correção destas desigualdades, devendo ser considerado, além de fonte para a circulação de riquezas, instrumento de proteção aos direitos fundamentais do cidadão.

Esta evolução nas relações contratuais repercute diretamente na teoria do negócio jurídico, em especial na caracterização de seu elemento formador: a autonomia privada. Para Cláudia Lima Marques, deve-se reforçar a idéia de “garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda.”²¹

Mas a principiologia não se utiliza apenas dos valores que estão declaradamente expressos na Constituição. Existem ainda princípios orientadores de cada ramo do direito, em especial no direito privado. Através de forte influência constitucional os princípios do direito privado influenciam na interpretação da norma, de forma harmonizada com princípios fundamentais. Desta forma, podemos ainda admitir como princípios de direito privado:

- a) O reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade; b) o princípio da liberdade contratual (liberdade de iniciativa e liberdade de

²⁰ O Código Civil de 1916 se caracterizava por retratar “*uma sociedade colonial, traduzindo uma visão de mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das idéias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dos grupos dominantes, detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais. Tinha formação eclética, com predomínio de concepções do direito francês e da técnica do Código Alemão.*” (AMARAL, Francisco. : *Direito Civil: introdução*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131.)

²¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 255.

empresa); c) a responsabilidade civil; d) a concessão de personalidade jurídica às pessoas privadas; e) a propriedade privada; f) o núcleo familiar; g) o direito sucessório, de herança e o próprio direito de testar²².

Percebe-se assim a preocupação de condicionar o agir individual aos objetivos constitucionais dentro do direito privado. Tereza Negreiros nos mostra que, por esta constitucionalização, “passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção aos consumidores, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país”²³.

Podemos então dizer que a declaração de vontade, elemento essencial de existência e validade do negócio jurídico, deve atualmente não apenas respeitar as regras do direito privado, mas se orientar para uma relação de equilíbrio entre interesses individuais e a busca do progresso coletivo. Ao entendermos a autonomia privada como elemento do negócio jurídico de base constitucional, sua vinculação aos ditames da justiça social, aos princípios da boa-fé objetiva e da função social, nos deparamos com o centro de orientação da nova teoria contratual.

Os artigos 112 e 113²⁴ do atual Código Civil indicam uma importante alteração em relação ao Código Civil de 1916 sobre o princípio da autonomia privada. A vinculação ao princípio da boa-fé deixa claro que a interpretação dos negócios jurídicos deve buscar no comportamento da parte o que indica sua real expectativa, desprendendo-se da letra fria do que foi acordado.

Mais importante é a conduta das partes em relação ao negócio jurídico, a lealdade dos contratantes, pois a boa-fé passa a ser um condicionante da liberdade individual.

Desse modo, a segurança jurídica nos contratos se traduz pelo princípio da boa-fé objetiva. Para Paulo Nalin²⁵ esta é uma alteração paradigmática, ao subverter a vontade aos padrões de lealdade e confianças recíprocas impostos pela boa-fé.

A interpretação sob a luz da Constituição confere coerência ao ordenamento jurídico. Assim, na interpretação dos contratos deve-se buscar, primeiramente, os princípios de direito

²² POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.

²³ NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.107.

²⁴ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem ; Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008)

²⁵ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 211.

privado e as cláusulas gerais e interpretá-los por meio dos valores fundamentais consagrados pela Constituição da República.

3.1 A função social do contrato no atual Código Civil

Como acima exposto, o interesse individual (como valor supremo que admitia apenas limites de ordem pública) deixa de ser absoluto e abre espaço para uma preocupação mais coletiva, buscando-se a justiça social externada na Constituição Federal, em seu art. 170²⁶:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I – soberania nacional;
II – Propriedade privada;
III – Função social da propriedade;
IV – Livre concorrência;
V – Defesa do consumidor;
(...)”

Percebe-se no artigo acima que não há referência expressa na Constituição Federal à função social do contrato, mas a condicionante do exercício da atividade econômica à observância do *princípio da função social da propriedade*. Como a propriedade é elemento crucial no desenvolvimento da atividade econômica, a função social da propriedade gera reflexo imediato nos contratos, já que instrumento que possibilita sua circulação.

Já o Código Civil de 2002 faz referência expressa à função social do contrato em seu art. 421²⁷. De acordo com Fonseca²⁸, o referido artigo é tipo normativo aberto que permite ao intérprete e aplicador do direito certo grau de amplitude na concretização dos fatos.

Apesar da reserva com que é vista por muitos juristas (mesmo porque o código Civil de 1916 já as previa, porém em menor número), cláusulas gerais como a do artigo 421 são de grande importância quando inseridas em uma realidade de grandes mudanças sociais e econômicas como a experimentada pelo Brasil. Através da cláusula geral, há a possibilidade

²⁶ BRASIL. *Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial*. Organizador Yussef Said Cahali – 9ª Ed. Rev. ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁷ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL. *Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial*. Organizador Yussef Said Cahali – 9ª Ed. Rev. ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.)

²⁸ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. 2005, p.18 Dissertação

da Intervenção Estatal nas relações privadas de forma a frear o individualismo (característica do antigo Estado Liberal) e possibilitar a análise estatal do caso concreto, trazendo as partes para um equilíbrio contratual.

Isto posto, nos concentraremos na análise da função social do contrato. Começaremos pelo estudo da expressão *função social*. Por função entende-se uso, utilidade ou serventia²⁹. Por social entende-se igualitário, que interessa à sociedade³⁰.

Assim, podemos dizer que pelo princípio da função social, os interesses individuais de partes contratantes devem ser exercidos de conformidade com os interesses sociais, sempre estes se apresentem ou possam, de alguma maneira, sentir os efeitos do contrato entre particulares.

“a obrigação, assim, serve a um reclamo de cooperação entre homens, surtindo todas as conseqüências que ultrapassam os meros deveres impostos tradicionalmente ao obrigado, para torná-lo, igualmente, titular de direitos em face do credor, impondo-se a este cooperar para que possa corresponder à sua expectativa e adimplir a prestação. Visto sob esta perspectiva, desempenha o contrato, a par da economia, nítida função social, no aproximar os homenes (...), em auto-regulamentação de interesses, que sempre são recíprocos, e possibilitando se preencha a necessidade de um dos contraentes, o que interessa a todos”³¹

O contrato deixa seu foco bilateral, ou seja, de importar somente aos contratantes, para ser considerado também quanto aos efeitos que gera a terceiros.

De acordo com Miguel Reale³²,

“o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”.

²⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 951.

³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1.873.

³¹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, p.52

³² REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.9.

Para Cláudio Luiz Bueno de Godoy³³, a função social do contrato não é apenas um “limite negativo à liberdade contratual”, integrando-lhe mesmo o conteúdo, além de cumprir um papel positivo (afirmativo) de fomento de escolhas valorativas do sistema.

Não se trata assim da função social ser um simples limite externo ou contrário à autonomia privada, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Passa a integrar o próprio conceito de contrato, representando valor não apenas a ser utilizado em sua interpretação, mas também na concretização das normas contratuais aventadas pelos particulares.

Ousamos dizer que o princípio da função social do contrato é uma das mais significantes inovações do direito contratual brasileiro, pressupondo sua aplicação a observância dos deveres de lealdade, correção e de não abusar (dever que analisaremos com mais vagar nos próximos capítulos).

A concepção atual de contrato mantém sua estrutura e interpretação voltada para a correção das desigualdades e uma potencial proteção aos direitos fundamentais do cidadão³⁴.

A Função Social é um conceito que prescinde da análise, sobretudo, de concepção de justiça social, valor máximo expresso na Constituição:

O valor da justiça social, expresso no texto fundamental, no sentido e nos limites antes traçados, há de incidir no direito civil contribuindo, sem sede interpretativa, para individuar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*), do estado de necessidade à lesão (*stato di bisogno*), e à causa não imputável, da diligência à boa-fé, etc³⁵.

A funcionalização do contrato, que se inicia com o Estado Social, deve ser hoje reforçada para conferir maior segurança às relações contratuais. Na ótica contratual deve-se ter em mente que o contrato produz efeito para além dos interesses dos contratantes. Tereza Negreiros entende a função social do contrato como princípio que autoriza e conforma a multiplicidade de relações contratuais da atualidade:

³³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 120.

³⁴ Segundo Luiz Edson Fachin: “A reelaboração de uma teoria do direito civil há de ter como ponto de partida mais que a sua utilidade e, como perspectiva, a reordenação dos fundamentos do sistema jurídico à luz de outro projeto sócio-econômico e político”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.216)

³⁵ PIERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rios de Janeiro: Renovar 2002, p. 49.

“Nesse sentido, o contrato não deve mais se compadecer com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a idéia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação de função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente³⁶.”

Assim, além de uma concepção econômica, o contrato deve ser visto como uma “relação complexa solidária”³⁷, que possui como elemento estrutural de seu conceito a função social. Partindo desta idéia social, devemos entender a função social do contrato como dividida em aspecto intrínseco e extrínseco³⁸.

Seu perfil intrínseco envolve diretamente os contratantes e sua vinculação aos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico dos contratos. Já o perfil extrínseco é considerado através do rompimento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, uma vez que passa a considerar os efeitos deste contrato e suas repercussões nas relações sociais.

3.1.1 Aspecto intrínseco da Função Social: a boa-fé objetiva

Como já mencionado neste trabalho, a liberdade de contratar tem limites na observância de princípios como o da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social. A conjugação destes princípios favorece a equidade e justiça na formação dos contratos, através da verificação da proporcionalidade de seu conteúdo. Uma desproporção exagerada autoriza sua revisão judicial ou até mesmo o rompimento do que foi acordado, quando impossível sua restauração a patamares razoáveis para todos os contratantes³⁹.

³⁶ NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 207-208.

³⁷ Termo utilizado por Paulo Nalin in: NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 253.

³⁸ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 223-224.

³⁹ Segundo Carlyle Popp: “A liberdade negocial pode ser limitada, desde que interesse mais relevante, igualmente de caráter constitucional, apresente-se. Por fim, nasce um novo princípio, ou seja, o da justiça contratual. Tal idéia justifica o princípio contratual mais moderno decorrente da necessidade de equidade contratual, ou seja, de equivalência das obrigações assumidas”. (POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 95)

Nosso Código Civil detém as ferramentas para favorecer a garantia do equilíbrio dos contratos, como o instituto da lesão e da resolução por onerosidade excessiva.

Podemos observar ainda a importância da boa-fé objetiva como verdadeiro norte a guiar a segurança da relação contratual. A boa-fé objetiva prevê um dever de agir de acordo com os padrões sociais determinados e reconhecidos pela média da sociedade. É um aspecto que vai além da concepção subjetiva, interferindo no *animus* do sujeito e que sempre esteve presente na teoria clássica dos contratos.

A boa-fé objetiva que se exige dos contratantes exalta princípios como da lealdade, retidão e honestidade para a manutenção das relações contratuais. Está diretamente relacionada com a solidariedade constitucional fundamentada na função social do contrato⁴⁰ a boa-fé objetiva é um instrumento de abertura do sistema jurídico e justifica a funcionalização da autonomia privada na sociedade contemporânea.

O Código Civil de 1916 carecia de dispositivo consagrador da boa-fé objetiva. Percebem-se, em várias passagens, alusões à boa-fé subjetiva sem, entretanto que se pudesse extrair do ordenamento jurídico qualquer obrigação dos contratantes a deveres de conduta.

A noção de boa-fé objetiva foi introduzida no Código Civil de 2002 notadamente através dos artigos 113, 187 e 422. Pela boa-fé objetiva, a conduta deve se pautar com o dever de lealdade dos contratantes⁴¹, sem intenção de causar lesão ou buscar vantagem excessiva.

Nas duas nas duas formas de boa-fé, subjetiva e objetiva, existe o dever subjetivo representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas somente na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem.

Onde há a boa-fé subjetiva, leva-se em consideração a intenção dos contratantes, a consciência individual das partes de atuarem conforme o direito aplicável, devendo o juiz levar em consideração o estado de consciência de cada sujeito da relação jurídica, seu estado psicológico, sua íntima convicção.

⁴⁰ De acordo com Rosalice Pinheiro: “A cláusula geral da boa-fé exige sua leitura à luz dos princípios constitucionais que presidem a atividade econômica: a função social do contrato erige-se como fundamento daquele princípio, submetendo as relações patrimoniais à sua repersonalização. Por conseguinte, se reveste a boa-fé de um ‘substrato constitucional’ e torna-se possível resolver a tensão valorativa que preside certos aspectos da codificação: ao procurar conciliar a liberdade com a justiça, revela-se um antagonismo de valores, que rompe com a coerência entre disposições gerais e particulares”. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no território brasileiro*. Curitiba, 2004, p. 285)

⁴¹ Não poderíamos deixar de citar Orlando Gomes sobre a boa-fé objetiva: “Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocos. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação de outra. GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 124.

Já a boa-fé objetiva é um modelo de conduta social, um parâmetro, um *standard jurídico*, segundo o qual cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a este parâmetro, aplicando no caso concreto diante da situação atual das pessoas envolvidas, levando-se em consideração seu status pessoal e cultural.

O grande problema da boa-fé subjetiva é, na sua utilização, o juiz saber a real intenção dos agentes envolvidos no contrato e diante desta intenção saber se a conduta deles é ética ou não. A boa-fé subjetiva traz o inconveniente do risco de se premiar a incúria, a torpeza, o desconhecimento. Estimula certo descaso para o conhecimento da realidade e as conseqüências geradas por um negócio jurídico.

A boa-fé objetiva possui a função de interpretação do contrato entabulado, traduzindo-se na tutela da confiança, a fim de prevalecer o entendimento de que, na dúvida, deve-se optar pelo sentido que propicie a conservação do contrato, mais favorável à parte de menor desenvolvimento cultural.

Utilizando-se da interpretação, podemos nos utilizar da boa-fé objetiva para invalidar cláusulas contratuais, sempre que estas forem incompatíveis com a finalidade econômica determinada através da função social.

A importância da boa-fé objetiva repercute também na reformulação da relação obrigacional. A visão estática nada mencionava acerca dos múltiplos deveres a que estão subordinados os contratantes, vinculando as partes em uma relação simples de débito-crédito. Visão esta puramente externa sem a menção aos múltiplos deveres de proteção que decorrem do vínculo que se forma entre credor e devedor.

A identidade da relação jurídica obrigacional passa a ser dinâmica, ao identificar que tanto o devedor quanto o credor são titulares de direitos na relação jurídica, que não é vinculada a uma ilimitada forma de manifestação da vontade.

Assim, a relação jurídica obrigacional pode ser concebida como um processo, uma vez que é composta de deveres que vão além daqueles previstos pelas partes no contrato. Neste aspecto, a boa-fé objetiva transcende os limites do contrato, autorizando sua vinculação às etapas anteriores e posteriores do contrato:

Os deveres anexos ou instrumentais decorrem da boa-fé, prestando-se ao exato processamento da relação obrigacional. Guardam consigo a particularidade de coexistirem e acompanharem todo o desenvolvimento desta relação jurídica, fazendo-se presente, desde os primeiros contatos com vistas à sua conclusão, até os últimos atos, que sucedem o cumprimento da obrigação principal. Neste momento, a tutela outorgada pelo ordenamento

jurídico ao contrato amplia seus limites para momentos anteriores à sua conclusão e posteriores à sua extinção⁴².

As novas formas de responsabilidade pré-contratual e pós-contratual acabam por aproximar a responsabilidade contratual da extracontratual. Através de suas funções, ampliando ou criando obrigações e ainda como elemento de interpretação, a boa-fé objetiva consolida sua importância como fator de segurança às relações jurídicas que se formam na atualidade.

Assim, a boa-fé e a autonomia privada se encontram diretamente relacionadas, sendo a primeira fundamento construtivo da segunda, ambas voltadas à garantia de que as operações econômicas que se travam no mercado sejam mensuradas com os valores existenciais do homem.

3.1.2 A função extrínseca do Contrato

O aspecto extrínseco da função social compreende uma análise exterior do contrato, ou seja, o impacto da eficácia do contrato na sociedade em que fora celebrado, os efeitos da relação obrigacional no meio social.

A função social faz com que o contrato acabe por alcançar terceiros que não figuram como partes da relação jurídica, mas que acabam sofrendo, de alguma maneira, seus efeitos.

Como exemplo poderíamos citar o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, que consagra a responsabilidade de todos aqueles que participam da cadeia produtiva em razão de defeitos apresentados nos bens que disponibilizam no mercado. Cláudia Lima Marques chama este terceiro de “consumidor equiparado”:

Efetivamente, ao analisar a jurisprudência brasileira sobre o CDC e suas definições de consumidor, hoje podemos afirmar que o CDC assegura uma forte e efetiva proteção aos sujeitos antes denominados de ‘terceiros’ na relação agora alçado ao status novo de consumidor stricto sensu ou consumidor equiparado. O fato de o sistema do CDC, tanto em suas regras materiais como processuais, não distinguir este tipo de consumidores e assegurar iguais direitos contratuais a todos os consumidores, tanto os do

⁴² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no território brasileiro*. Curitiba, 2004, p. 208.

art. 2º, como os consumidores equiparados dos arts. 17, 29 e parágrafo único do art. 2º, tem fortes efeitos no mercado, a assegurar boa-fé, legitimação processual e garantias aos entes denominados terceiros nos contratos. É o que podemos chamar de ‘fim dos terceiros’ nas relações de consumo, pois estes terceiros geralmente são incluídos, ora como consumidores, ora como fornecedores da cadeia de fornecimento de produtos ou serviços⁴³.

Deste modo, além dos contratos consumeristas, a função extrínseca do contrato autoriza a revisão das definições de “parte” e “terceiro” nos contratos regidos pelo Código Civil. A massificação das relações contratuais e dos contratos de adesão reflete-se nos contratos de forma a ampliar seus efeitos, incluindo pessoas a quem o contrato gera reflexos sob o ponto de vista funcional.

Quando o interesse individual se sobrepõe à satisfação dos interesses sociais, há de se recordar do artigo 187 do Código Civil, a ser utilizado para complementar o sentido do artigo 421, justificando a busca da sanção para o desrespeito da função social no instituto do abuso do direito. Os limites ao agir individual podem conduzir a uma maior eficácia da busca por uma vida digna a um número cada vez maior de pessoas. Resta ao aplicador do direito a tarefa de garantir eficácia a esta dimensão social, superando individualismos.

⁴³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 305.

4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A criação do Código de Defesa do Consumidor alterou radicalmente as relações de consumo no Brasil. Poucas legislações tiveram uma aplicação tão eficaz quanto a consumerista, com sua redação clara, objetiva e de fácil compreensão e interpretação não só pelos operadores do direito em geral, mas também pelos próprios consumidores.

Diferente da maior parte dos diplomas legais que compõem nosso ordenamento jurídico, o popularmente conhecido CDC é um código de conceitos. Esta conceituação facilita sua aplicação e o torna eficaz no alcance da equidade entre os partícipes das relações jurídicas de consumo.

Apesar de já muito estudado (tendo já sido objeto de comentários neste trabalho) e difundido nos meios acadêmicos, o CDC mostrou-se norma de vanguarda não só quando de sua entrada em vigor, mas também na atualidade, porquanto permanece sendo referência para inúmeros países que pretendem positivar a proteção e a defesa dos direitos dos consumidores. Representa a Lei n.º 8.078/90 uma expressiva valorização e aplicação direta da democracia, trazendo manifestamente o resgate da noção de cidadania e de justiça social.

Por meio desta legislação, o equilíbrio contratual é estabelecido de maneira dinâmica e perene. As normas de que é composto, de ordem pública e de natureza cogente, impossibilitam que o fornecedor, valendo-se de seu poderio econômico e do domínio que exerce sobre o mercado de consumo, venha a sobrepor unilateralmente seus interesses em detrimento das garantias asseguradas aos consumidores.

Essencial, portanto a compreensão dos elementos que compõem as relações de consumo e as diferencia das demais relações jurídicas – consumidor, fornecedor, produto e serviço -, uma vez que o CDC, enquanto lei especial, não se aplica a outra sorte de relação

que não seja a de consumo. As relações jurídicas essencialmente civis, comerciais ou de natureza trabalhista serão regradas pelos textos legais competentes para tanto, não havendo aplicação aí do Código consumerista.

4.1 O Consumidor

O *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor conceitua o consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. O critério adotado conforme entendimento do professor José Geraldo Brito Filomeno⁴⁴, teria sido puramente econômico, pois a norma dispõe apenas sobre aquele que adquire ou usa um bem ou serviço como destinatário final, visando atendimento de necessidade própria, particular, e não ao desenvolvimento de outra atividade negocial.

Em outras palavras, o consumidor destinatário final seria aquele que retira do mercado de consumo determinado produto ou serviço, sem repassá-lo a terceiros com a intenção de obtenção de lucro, finalizando assim a relação jurídica de consumo. Ao contrário do que se possa pensar, o conceito de consumidor destinatário final não se aplica apenas à pessoa física, mas, como o próprio texto legal estipula, também à pessoa jurídica desde que o consumo não se destine ao incremento da sua atividade lucrativa. O indivíduo que não atua como destinatário final de produtos ou de serviços nas relações de consumo não seria propriamente um consumidor, segundo a interpretação que faz do *caput* do artigo 2º do CDC a denominada corrente finalista - aqui compreendidos os autores do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor -, pois não teria por objetivo utilizar o produto ou o serviço como destinatário final, mas sim como etapa de sua atividade profissional.

Para essa corrente a interpretação do conceito de consumidor deve ser restringida, abrangendo tão-somente os efetivamente vulneráveis nas relações de consumo, quais sejam, os consumidores destinatários finais do produto ou serviço, que os adquirem para uso particular. Quanto àqueles que utilizam o produto ou serviço para fins profissionais - aqui

⁴⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 28.

consideradas principalmente as pessoas jurídicas - não poderiam ser considerados vulneráveis no mercado de consumo, não podendo assim se valer da proteção conferida pelo CDC.

O posicionamento extremista adotado pelos seguidores da corrente finalista foi abrandado com o tempo e com a delimitação da aplicação concreta do CDC, de forma que ao menos parte dos doutrinadores inicialmente filiados a essa corrente hoje concebe os profissionais ou produtores de outros bens também como consumidores sendo, portanto legitimados com a aplicação do CDC, desde que, analisado o caso concreto, restem comprovadas sua vulnerabilidade e necessidade de tutela especial e a não utilização em sua linha de produção do bem adquirido ou serviço contratado.

Essa nova interpretação, denominada finalismo aprofundado, é explicada por Claudia Lima Marques⁴⁵:

Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. [...]

Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade.

Há ainda a corrente maximalista, que defende a interpretação extensiva do *caput* do artigo 2º do CDC e amplia o conceito de consumidor para nele incluir os indivíduos considerados destinatários fáticos do produto ou serviço, que retiram esse produto ou serviço do mercado e o consomem mesmo como insumo necessário ao desenvolvimento de sua atividade lucrativa. Para esta corrente, agentes do mercado poderiam ser ao mesmo tempo fornecedores e consumidores.

Apesar de estar em vigor há quase vinte anos, ainda não há posicionamento doutrinário ou jurisprudencial consolidado sobre a matéria. De qualquer forma, a adoção de um conceito absoluto não parece a forma mais acertada de solução da controvérsia. O modelo ideal de interpretação do *caput* do artigo 2º do CDC deve aliar as duas correntes, considerando consumidor as pessoas físicas ou jurídicas que, independentemente de serem destinatárias finais ou fáticas do produto ou serviço - visando ou não a lucro -, dele fazem uso

⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 85.

sem inseri-lo novamente na cadeia produtiva. Parece ser este, aliás, o entendimento mais acertado acerca do conceito de consumidor e o que melhor realiza o ditame constitucional de igualdade.

Há ainda no parágrafo único do citado artigo 2º do CDC o que se poderia chamar de outro conceito de consumidor. Por meio do referido dispositivo, vislumbra-se a equiparação de coletividade de pessoas a consumidor, ainda que indeterminável, desde que tenha intervindo nas relações de consumo.

Coletividade de pessoas deve aqui ser entendida como um conjunto de pessoas, ou mesmo parte dele, constituído como grupo, categoria ou reunião, sem que possam ser precisados todos os seus componentes. A justificativa de equiparação da coletividade de pessoas a consumidor, consoante Cláudia Lima Marques, esbarra na vulnerabilidade. Para a referida professora, a fundamentação para a extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante do fornecedor e a posição de vulnerabilidade destas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei. O referido dispositivo, como visto, tem o condão de disponibilizar à coletividade de consumidores ou grupo de consumidores eventualmente afetados por um produto ou serviço, meios jurídicos mais eficientes de defesa.

A vulnerabilidade do consumidor é consagrada no art. 4º, podendo-se afirmar que todo consumidor é vulnerável, pois assim presume o microssistema protetivo da norma. A vulnerabilidade é, inclusive, a razão de ser da lei de proteção e defesa do consumidor⁴⁶. A necessidade de se presumir a vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo e, portanto, considerá-los mais fracos nas relações estabelecidas com os fornecedores surgiu, principalmente, com o desenvolvimento da sociedade de produção, e a conseqüente massificação das relações. De acordo com Daniel Firmato de Almeida Glória⁴⁷, “a vulnerabilidade tem sua origem na mudança, no aspecto produtivo, com a massificação da produção e a tendência à concentração de capitais”

Com esta aplicação mais expansiva do conceito de consumidor, facilitou-se a utilização de medidas judiciais de caráter coletivo que tutelam direitos difusos, coletivos e

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Direito do Consumidor no limiar do Século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 97-108, jul./set. 2000, p. 100.

⁴⁷ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 103.

individuais homogêneos, diminuindo consideravelmente o ajuizamento de numerosas ações e medidas de natureza individual, todas do mesmo objeto que, de outra forma, dificultariam e retardariam a atuação do Poder Judiciário, tornando a solução de controvérsias desnecessariamente morosa. Por meio das ações de caráter coletivo, todos os consumidores prejudicados por determinado produto ou serviço podem obter uma única sentença condenatória, que posteriormente, em fase de liquidação, individualizará a extensão dos danos suportados por cada consumidor.

4.1.1 Limites jurídicos da oferta e da publicidade

O legislador ainda equipara a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas comerciais como a oferta e a publicidade, ou sujeitas a contratos de adesão e a cláusulas abusivas, conforme estabelece o artigo 29 do CDC. Trata-se de mais uma equiparação importante, que amplia o campo de aplicação de sua tutela, principalmente no que se refere ao foco principal deste trabalho, que são os contratos bancários. Novamente, a equiparação aqui prevista não exige a efetiva aquisição de produto ou serviço para que se possa gozar das garantias asseguradas pelo CDC. Basta a mera exposição às práticas comerciais e contratuais previstas nos Capítulos V e VI do CDC, para que o indivíduo sujeito a elas seja equiparado a consumidor, independente de sua conduta em relação a elas. O artigo 29 do CDC, da mesma forma que o artigo 17, impõe a atuação preventiva dos fornecedores, visto que sua responsabilização por práticas comerciais e contratuais desleais independe da efetiva contratação ou da existência de relação jurídica de consumo.

A simples exposição da sociedade a métodos comerciais e contratuais desleais sujeita o fornecedor à responsabilização. E não poderia ser diferente. As práticas comerciais e contratuais previstas nos Capítulos V e VI do CDC têm claros alcances coletivos, atingindo consumidores muitas vezes indetermináveis. Não se poderia, portanto, dentro da lógica protetiva apresentada pelo CDC, aguardar a concretização da contratação e o surgimento da relação jurídica de consumo para que só então passasse o fornecedor a responder pelos malefícios impostos aos consumidores de seus produtos ou serviços.

Assim, o potencial consumidor, ainda que jamais venha a contratar a aquisição do produto ou serviço ofertado pelo fornecedor, já poderá contar, uma vez exposto a estratégias mercadológicas por ele adotadas, com as normas do CDC, independentemente de o resultado

danoso vir a se materializar. O sentido do artigo 29 encontra-se na proteção àquele que está propenso, tendente a inserir-se na relação de consumo.

Importante ainda observar que o artigo 30 do CDC fala de “toda informação ou publicidade”. Ao tratar separadamente informação e publicidade o legislador deixa claro que existe distinção entre ambas.

O termo publicidade é amplo e pode-se dizer que “toda publicidade veicula alguma (algum tipo de) informação, mas nem toda informação é publicidade”⁴⁸.

Apesar das inúmeras formas de publicidade e sua veiculação, - anúncios em revistas, jornais, televisão, internet, outdoor, rótulos, embalagens e pontos-de-venda, entre outros -, a informação é ainda mais ampla como ensina Rizzatto Nunes:

“Acontece que a informação é mais ampla. Ela abrange tudo isso, mas é também a fala ou resposta do gerente do banco, do funcionário do atendimento telefônico, da administradora do cartão de crédito, o preço dado pelo feirante, “de boca” para o consumidor, do agente emissor de passagens de qualquer tipo, do maître no restaurante, do recepcionista no hotel, são os dados técnicos apresentados nas embalagens e rótulos dos produtos, enfim, é qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrita, verbal, gestual, etc que chegue ao consumidor”⁴⁹.

Finalmente, esclareça-se que a terminologia empregada pelo CDC ao equiparar a consumidor os indivíduos descritos nos dispositivos analisados não significa que exista qualquer diferença de ordem prática entre os consumidores destinatários finais, previstos no caput do artigo 2º do CDC, e os consumidores “equiparados”, conceituados em outros dispositivos do citado diploma. De nada valeria fazer a previsão de inúmeras práticas reprováveis lançadas por fornecedores sem equiparar as vítimas de tais práticas, comerciais e contratuais, para efeito da proteção outorgada pelo CDC, a consumidores⁵⁰.

⁴⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2ª Ed. Ver., modif. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 390.

⁴⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2ª Ed. Ver., modif. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 390

⁵⁰ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá. 2006

4.2 Fornecedor

O conceito de fornecedor, tal qual o de consumidor, foi igualmente previsto textualmente no CDC que, em seu artigo 3º, definiu a figura do fornecedor como “[...] *toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*”

Mesmo em análise superficial do dispositivo, pode-se concluir que o termo fornecedor não se limita àquele que faz ou comercializa o produto ou o serviço, mas engloba todo aquele que “provisiona” o mercado de consumo, independente de ser pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, de direito privado ou público. O fornecedor de dada relação de consumo pode ser, assim, o exportador que comercializa produtos ou serviços com um importador residente no Brasil, o próprio Estado, bem como suas empresas públicas, de economia mista ou concessionárias.

Ainda segundo Luiz Antônio Rizzato Nunes:

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.⁵¹

Perante o Direito do Consumidor, fornecedor é aquele que desenvolve atividades no mercado de consumo como produção, montagem, criação, construção, transformação,

⁵¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 90.

importação, exportação, distribuição ou comercialização, de acordo com o rol previsto no artigo 3º do CDC.

Tal rol é exemplificativo, visto que não há como o legislador prever todas as atividades desenvolvidas pelo mercado de consumo; tampouco como dimensionar as atividades que ainda poderiam vir a ser disponibilizadas em razão dos inevitáveis avanços sociais e tecnológicos. Contudo, apesar de não haver restrição quanto às atividades que possam vir a se caracterizarem como fornecimento, é certo que devem ser desenvolvidas pelo fornecedor, havendo aqui o indício de perpetuidade ou habitualidade na prática da atividade.

Também certo é que a atividade de prestação de serviços ou de fornecimento de produtos deve pressupor alguma remuneração ou, no mínimo, uma perspectiva de remuneração⁵². Desse ponto de vista, parte da doutrina entende que o requisito da remuneração compreenderia, também, o profissionalismo, de sorte que o conceito de fornecedor estaria atrelado ao caráter de profissionalismo com que a pessoa física ou jurídica desenvolve determinada atividade. Não parece ser esse, porém, o entendimento mais adequado acerca da matéria. Veja-se que um determinado indivíduo que exerce atividade profissional remunerada pode, visando à complementação de sua renda mensal durante determinado período, arriscar-se na economia informal, como, por exemplo, a revenda de produtos. Perante aqueles que adquiriram o produto, o indivíduo em análise é certamente fornecedor.

Todavia não se pode dizer que a revenda de produtos seja exercida profissionalmente, uma vez que o indivíduo não se tornou profissional na atividade, tampouco almejou tal posição especializando-se para tanto. Há outra atividade comercial e econômica por ele desenvolvida, esta sim profissional, já que se trata do seu principal ofício.

Em síntese, o desenvolvimento de determinada atividade previsto no artigo 3º do CDC para fins de definição do conceito de fornecedor não passa necessariamente pelo profissionalismo no seu exercício. Atividade não demanda “atividade profissional”. O que a lei exige não é um profissionalismo na atividade praticada, mas sim que ela seja exercida

⁵² As formas direta e indireta de remuneração não serão analisadas neste trabalho para que o foco principal não se perca. Trazendo apenas o entendimento de Claudia Lima Marques sobre o assunto, para quem “*mesmo serviços gratuitos ligados ao marketing são regulados pelo CDC (a exemplo do art. 39, parágrafo único, que regula as amostras grátis, e do art. 37, que regula a publicidade), assim como os serviços ligados à manutenção das concessões (como é o caso dos transportes gratuitos) e ao próprio comércio (como é o caso dos bancos de dados, regulados pelo art. 43 e ss. do CDC). Estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu marketing e de seu preço total, pois são remunerados indiretamente na manutenção do negócio principal e das concessões da linha, na fidelidade dos consumidores daí oriunda (exemplo: cartões de milhagem etc.), nos efeitos positivos do marketing usado, enfim, no preço final do serviço ou produto colocado no mercado por aquele fornecedor*”. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, . 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 115).

tendo o indivíduo, no caso o fornecedor, a finalidade de torná-la seu meio de vida principal ou subsidiário, em caráter regular ou eventual.

Logo, denota-se que a palavra chave para a questão em debate (enquadramento ou não de determinado indivíduo na definição de fornecedor) encontra-se no significado de atividade e não de profissionalismo.

4.3 Produto

Podemos definir produto como o objeto de interesse do adquirente em determinada relação de consumo ou tudo o que seja capaz de valoração econômica.⁵³ Tal conceito é universal e está ligado à idéia de bem, resultado da produção no mercado de consumo.

Para nosso estudo, lembramos que o termo “produto” é amplamente utilizado nas atividades bancárias (mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos etc.).

4.4 Serviço

Temos a definição de serviço no artigo 3º, § 2º, do CDC: *“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”*.

Assim, serviço é qualquer atividade prestada no mercado de consumo, cabendo ressaltar que a palavra “qualquer” dá a exata dimensão da abrangência do conceito de serviço para o direito do consumo.

4.4.1 Serviços de natureza bancária.

⁵³ Hélio Zaghetto Gama fornece este conceito na obra *Curso de direito do consumidor*. 2ª. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 39.

Feita a análise sobre serviço, analisaremos o foco principal deste trabalho ao observar que tal conceito engloba as atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias, ou seja, a grande maioria dos serviços disponibilizados no mercado de consumo pelas instituições financeiras.

Apesar da clareza da definição de serviço, por muito tempo as instituições bancárias insistiram em tentar excluir da esfera de abrangência das normas do CDC os serviços de natureza bancária.

As justificativas para se furtar ao cumprimento das normas consumeristas geralmente eram ligadas à discussão do próprio conceito de serviço ou de consumidor. A entrega de dinheiro ao consumidor não poderia ser considerada prestação de serviço ou, em última análise, o consumidor que obtém crédito ou dinheiro não poderia ser considerado destinatário final, visto que, valendo-se de novas contratações, necessariamente repassaria a terceiros os valores obtidos junto aos bancos.

Nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça, que por meio da Súmula 297, de 09 de setembro de 2004, consolidou o entendimento de que o CDC é aplicável às instituições financeiras⁵⁴, conseguiu evitar que os bancos e instituições financeiras permanecessem furtando-se ao cumprimento das normas ali contidas⁵⁵.

Várias foram as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria, até o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) autuada sob número 2.591, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) perante o Supremo Tribunal Federal - objetivando a declaração de inconstitucionalidade formal e material do CDC aos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários -, que pôs fim à discussão, finalmente solucionada quando o Supremo Tribunal Federal, em decisão datada de 07 de junho de 2006, por nove votos a favor e dois contra, julgou o mérito da referida ADIn, ratificando a constitucionalidade do CDC e de seu artigo 3º, parágrafo 2º, e a aplicação do diploma consumerista aos serviços e operações bancárias, financeiras, de crédito e securitários⁵⁶, extirpando qualquer eventual dúvida remanescente acerca da sua aplicação às instituições financeiras.

Não há mais dúvida, portanto, de que as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras - tanto na prestação de serviços a seus clientes (como cobrança de contas de luz,

⁵⁴ “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

⁵⁵ Antes disso, o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, no Enunciado n.º 5, já se havia pronunciado nos seguintes termos: “As instituições financeiras, como prestadoras de serviços, especialmente contempladas no art. 3º, § 2º, estão submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor”.

⁵⁶ A expressão objeto da ADIn era: “inclusive as de natureza bancária de crédito e securitária”, constante no art. 3º, § 2º da Lei 8.078/90.

água e outros serviços, ou então, expedição de extratos), quanto na concessão de mútuo ou financiamentos para a aquisição de bens - inserem-se no conceito de serviço, já que tomadas para suprir utilidades pessoais, sendo inafastável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No caso específico deste trabalho, quando se fala de consumidor de crédito, pressupõe-se enquadrar o consumidor como aquele que obtém recursos em dinheiro na instituição financeira para sua devolução em um determinado prazo. O crédito bancário pode ser concedido de formas diversas, nas quais sempre estarão presentes a contraprestação do juro em razão do caráter profissional do fornecimento do produto, e do tempo que transcorrerá até a restituição da quantia.

5 A IMPORTÂNCIA DO CRÉDITO NA ATUAL SOCIEDADE DE CONSUMO

Inegável que o acesso ao crédito é essencial ao desenvolvimento de qualquer sociedade capitalista.

Nos dias atuais, aumenta a importância do crédito pois, como se sabe, as relações negociais ultrapassam as fronteiras do País, sendo ele o motor indispensável ao desenvolvimento econômico de todos os povos civilizados.

Mas não é apenas nesse segmento que se deve assinalar o valor social do crédito. A sua democratização, hoje, é evidente, haja vista a crescente demanda da sociedade moderna, em que grande parte da população, seja assalariada, seja de maior renda, faz uso diário de empréstimos bancários, de cartões de crédito, de cartões de débito e do conhecido empréstimo consignado.

A construção da sociedade e até mesmo a sua transformação passa pela concepção de um sistema financeiro efetivamente saudável, ético e eficiente.

De outro lado, o cidadão, mais bem informado, está consciente de seus direitos e, com isso, pronto a reivindicá-los, inclusive no âmbito do Poder Judiciário. É a pessoa natural ou física, também, um agente transformador do sistema e da própria sociedade e almeja alcançar melhor qualidade de vida, adquirir bens de consumo, participar da riqueza produzida no País.

Mais do que isso, o acesso a tão importante produto, dada a atual indispensabilidade do crédito na sociedade de consumo, criou um fenômeno notado nos últimos anos: a

publicidade realizada pelas instituições financeiras deixou de ter caráter meramente institucional, onde se procurava convencer o público de sua segurança, solidez e qualidade nos serviços prestados para, atualmente anunciar de modo incessante crédito fácil e rápido.

O acesso ao crédito é anunciado incessantemente, para a aquisição de qualquer mercadoria, como se o próprio crédito fosse uma mercadoria qualquer.

É ofertado em tempo integral, principalmente nos intervalos de programas populares e até mesmo dentro destes, através da prática do *merchandising*. Caso o consumidor assista a anúncio de determinado produto e não tem como comprá-lo, sabe que pode contar com as facilidades fornecidas pelos bancos em seus anúncios.

Publicidade recente⁵⁷ veiculada em diversos meios de comunicação oferecia crédito consignado aos “aposentados, pensionistas do INSS e servidores públicos”, onde estes concorriam a sorteios de “casas com carro na garagem”. O anúncio era feito pelo famoso ator Paulo Goulart, que fornecia um telefone “0800” para ligações de qualquer lugar do Brasil.

Há propagandas que equiparam o pedido de concessão de crédito à compra de uma pizza! Não é por acaso que este trabalho optou por discutir questões como o superendividamento frente aos bancos, e sua responsabilidade civil pela inadequada concessão do crédito.

A publicidade que compara o crédito a uma pizza é flagrantemente abusiva e enganosa, já que tem grande poder de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial e perigosa à sua saúde e segurança, na medida em que as altas taxas de juros praticadas e diversas práticas abusivas⁵⁸ conduzem as pessoas a situações de endividamento importantes que podem levar até à insolvência.

É enganosa porque não é completa, não adverte aquela pessoa acerca dos riscos da aquisição do crédito. Dificilmente encontraremos alguém que perdeu patrimônio em razão de uma pizza. Já em relação ao crédito, todos conhecem alguém que foi ludibriado por um suposto crédito fácil.

5.1 O superendividado: um problema social

⁵⁷ Publicidade veiculada pelo BANCO BGN S/A.

⁵⁸ Consideramos, entre outras, medidas abusivas: 1) juros capitalizados pelo regime composto (anatocismo); 2) aplicação da Tabela Price; 3) taxa de comissão de permanência; 4) ausência de especificação da taxa de juros no contrato ou cobrança de taxa diversa da contratada; 5) multa excessiva; 6) excesso de garantias; 7) excesso de execução.

Onde o acesso ao crédito é fácil, o endividamento também o será. E é diante dessa realidade que temos de pensar em instrumentos jurídicos adequados para solucionar estas questões que surgem no mercado de consumo, relativas aos contratos de crédito.

A análise desta questão envolve questões que vão desde a definição de quem é este consumidor, até os limites da responsabilização do fornecedor de crédito. Tutelar o consumidor que se endivida prematuramente significa dar efetividade aos princípios da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana, compreendendo a questão de forma ampla, já que gera efeitos para toda a sociedade.

A professora Claudia Lima Marques define o superendividamento como a “impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos).”⁵⁹

Quando que se analisam os contratos bancários, a concessão de crédito e os institutos que freqüentemente desequilibram as prestações contratuais tornando o contrato excessivamente oneroso ao consumidor e não raras vezes impedindo o seu adimplemento, tem-se a exata noção da extensão dos efeitos das contratações bancárias na sociedade.

Por ser característica dos contratos bancários a forma de adesão ou contratos em massa, cláusulas contratuais desproporcionais ou que estabelecem obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, não atingem consumidores individualmente considerados, mas grupos sociais inteiros.

O endividamento de grande parcela da sociedade é um problema confirmado diariamente nos noticiários, atingindo em larga escala as classes menos favorecidas e menos educadas para o consumo que, de repente, viram produtos como veículos, geladeira nova e televisores de alta tecnologia a seu “alcance”. Em pesquisa publicada no final de 2005, apurou-se que a concessão de crédito para as pessoas físicas responde por 45,8% dos empréstimos bancários e cresceu 30% nos últimos 12 meses, enquanto a massa real de salários (quantidade de pessoas trabalhando e total de vencimentos, descontada a inflação) aumentou apenas 5% no mesmo período.⁶⁰

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Estudos sobre direito brasileiro e superendividamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

⁶⁰ Ainda como resultado da pesquisa: “Em dezembro de 1996, a participação dos consumidores era de apenas 12,1% no total de crédito do país, dando um salto em 2000 para 34,5%. Em 2003, quando o empréstimo com desconto em folha de pagamento foi regulamentado, a fatia das pessoas físicas passou para 40,4%, chegando

Pesquisa realizada pelo PROCON da Assembléia, em Belo Horizonte no ano de 2007, encontrou o seguinte quadro: das 119 pessoas entrevistadas, 51,3% são homens; a maioria (60%) está entre 21 e 40 anos de idade, sendo que 57,5% são casados; 37,7% têm renda entre R\$ 701,00 e R\$ 1.400,00. Aproximadamente 30% dos homens entrevistados declararam renda acima de R\$ 5.000,00. A maioria dos homens (51%) possui dívidas acima de R\$ 501,00; 37,7% não informaram ou não sabem o valor da dívida.

Entre as mulheres (48,7% dos entrevistados), 47% estão entre 41 e 60 anos de idade, e 63,8% não são casadas; 34,5% têm renda entre R\$ 351,00 e R\$ 700,00; 29% têm renda entre R\$ 701,00 e R\$ 1.400,00; 31% das mulheres entrevistadas têm dívidas entre R\$ 1.001,00 e R\$ 4.999,00; 34,5% das mulheres não souberam ou não informaram o valor de suas dívidas.

O motivo do endividamento alegado por 29% das mulheres foi “gasto acima da renda”, contra 15,4% dos homens pesquisados⁶¹.

Esta expansão de crédito (que, como veremos, já não é tão farto diante a atual crise econômica originada nos Estados Unidos da América a partir do segundo semestre de 2008), dirige-se principalmente às classes sociais menos favorecidas, como comprova a pesquisa acima citada.

Significativa parcela da classe média brasileira só consegue romper cada mês sob dependência integral do limite do cheque especial ou do empréstimo consignado em folha de pagamento. São pessoas cativas de juros anuais que oscilam entre 150% a 240% ao ano! Quando não, sujeitam-se a uma roda-viva entre vários cartões de crédito, tirando de um para quitar o outro, entrando assim numa interminável ciranda financeira. Alguns finalizam sua romaria nas mãos de implacáveis agiotas, empresas de *factoring* e com o nome apontado nos cadastros restritivos de crédito.

O fenômeno do superendividamento (que se agravará, como resultado da crise econômica internacional que já começa a apresentar efeitos no Brasil) deve ser estudado com atenção ao cenário social aqui descrito, no qual questões como educação para o consumo, grau de informação, controle da publicidade e mesmo a validade de cláusulas inseridas nesses contratos assumem contornos próprios, a exigir do legislador e do aplicador do direito um aparato legal adequado e suficiente para tutelar os direitos desses consumidores de forma eficaz. A tarefa é árdua, já que envolve questões como a delimitação de “superendividamento” e por conseqüência a aplicação da lei protetiva, impondo a definição de limites da pobreza, o que num país com enormes desigualdades sociais é uma tarefa hercúlea.

agora aos 45,8%”. Publicado em *Consumidores se endividam mais e já têm 46% do crédito*. Folha de São Paulo, 21.11.2005, Dinheiro, p. B4.

⁶¹ OLIVEIRA, Alexandre Werneck de. *Pesquisa sobre o perfil do consumidor endividado*. Disponível em <www.almg.gov.br/procon/pesquisa_endividado.pdf>, acessado em 20 mar 2008

Deve-se ainda considerar a responsabilidade do fornecedor do crédito e a garantia do mínimo existencial do devedor, sempre orientados pelo princípio da boa-fé que deve presidir as relações contratuais de consumo.

6 OS CONTRATOS BANCÁRIOS E A POSSIBILIDADE DE SUA REVISÃO

6.1 Conceito Pós-Moderno de contrato

A pretensão de se conceituar contrato bancário esbarra em grandes dificuldades, principalmente a dificuldade da distinção do contrato bancário dos demais contratos civis e comerciais. Assim, faremos uma abordagem quanto à conceituação pós-moderna dos contratos, frente à já mencionada “ideologia social”, tendo a pessoa como foco principal da relação contratual.

Temos então o conceito pós-moderno de contrato, que deve ser analisado à luz do pós-modernismo, movimento responsável por grandes e talvez pelas mais profundas mudanças verificadas na realidade social e econômica, com conseqüências diretas para o Direito.

Carlyle Popp define o movimento nos seguintes termos:

Por pós-modernismo, pelo menos no campo do Direito, deve-se compreender uma revisão dos postulados clássicos oriundos do Estado Liberal e do Estado Social, onde se privilegia a ética e a confiança, com um renascimento da importância do ser humano. O pós-modernismo reflete uma crise, crise no Direito posto e como usualmente é interpretado, convidando o intérprete a

uma releitura do ordenamento jurídico em face da nova realidade social, compelindo-o a uma alteração na forma de pensar o Direito.⁶²

O pós-modernismo representou a substituição da visão patrimonialista, da exaltação da propriedade, pela visão humanista, em que se privilegia o homem e seus interesses, seus valores e sua dignidade.

Esta despatrimonialização de direitos privados não representou, em nenhuma hipótese, o fim da tutela dos interesses econômicos, mas a revalorização da pessoa e dos direitos extrapatrimoniais a ela inerentes, como resultado da construção do pensamento preocupado mais com o indivíduo que com seus bens.

Segundo Carmem Lúcia, essa despatrimonialização significa “a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir riquezas com maior justiça”.⁶³

Na esfera contratual, o pós-modernismo trouxe reflexos que foram disseminados por todas as formas de contratação, inserindo nos contratantes a idéia de respeito mútuo; de zelo pela efetivação saudável do contrato de modo a torná-lo conveniente a ambas as partes segundo os seus interesses e os seus anseios, cumprindo com os deveres contratualmente assumidos e com as obrigações moralmente impostas pela sociedade.

Note-se que os contratos, independentemente de sua natureza, de seu objeto e das partes contratantes, devem atender aos ditames do pós-modernismo, não assumindo uma única roupagem. Não se pode dizer que haja um único conceito de contrato ou um modelo-padrão de contratação que imprima a cada instrumento as mesmas características formais e estruturais. Há, sim, contratos de naturezas diametralmente distintas, como os paritários e de adesão, mas com algumas peculiaridades comuns e deveres legais impostos a todos: deveres de boa-fé, equidade, transparência e busca pela satisfação dos interesses dos contratantes. Trata-se, pois, de valores erigidos à categoria de pressupostos fundamentais das relações contratuais, que revestem e complementam direitos e deveres contratuais e extracontratuais que competem às partes contratantes.

⁶² POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 86.

⁶³ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 16.

Como propõe Paulo Nalin, “contrato, hoje, é relação complexa solidária. É esse o axioma proposto, a partir do qual todos os contratos, no campo de suas particularidades, devem guardar sincronia”.⁶⁴

Imprescindível, portanto, a toda sorte de contratação, que as partes atuem com solidariedade e cooperação, não apenas no momento da formação do contrato, mas durante toda a sua execução e também na fase pós-contratual. Embora o atendimento aos pressupostos do conceito pós-moderno de contrato seja dever moral de conduta, cuja observância pode às vezes não trazer, em um primeiro momento, retorno imediato às partes contratantes, é preciso entender que o patrimonialismo deve ceder vez aos preceitos constitucionais, fruto do pós-modernismo, com vistas a um fim maior de justiça contratual e de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O mercado sempre vai almejar um contrato eminentemente patrimonialista, desprezando qualquer outra questão da relação, pois que tal reverteria em custo adicional. Cabe então à sociedade, como ápice da ordem jurídica brasileira, compatibilizar-se com a ordem constitucional vigente, considerando primeiramente o homem e seus valores existenciais, e depois os patrimoniais. Somente com a adoção de nova mentalidade pela sociedade em relação aos princípios e pressupostos do cenário pós-moderno e à necessidade de observância de seus preceitos nas contratações diariamente firmadas é que o Direito poderá evoluir e dar de fato atendimento às novas diretrizes do pós-modernismo.

Nas palavras de Carlyle Popp,

[...] a conscientização desta nova realidade social que concede um status central ao ser humano; geradora de mais uma clara humanização das relações jurídicas, em especial as patrimoniais; revitalizadora da moral e da própria equidade; e a utilização de tais postulados será pressuposto para que o Direito possa evoluir e ultrapassar, finalmente, a seara clássica.⁶⁵

Entende-se então que função social do contrato e solidariedade contratual constituem os verdadeiros pilares de um conceito pós-moderno de contrato - os quais disseminaram suas luzes por sobre a Constituição Federal de 1988 e, por conseqüência, por todos os diplomas que a sucederam – justificando seu estudo neste trabalho.

⁶⁴ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 225.

⁶⁵ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 256.

6.2 Contratos Bancários

Segundo o artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Assim, a contratação de serviços de natureza bancária, enquanto contrato de consumo, sujeitam-se às normas do CDC, estando tal discussão há muito superada.

Inúmeras foram as discussões, desde a entrada em vigor do CDC, acerca da legalidade e mesmo da constitucionalidade da sujeição das instituições financeiras ao código consumerista, a questão definitivamente resolvida com o julgamento da ADIn 2.591 pelo Supremo Tribunal Federal em 07 de junho de 2006, que “não apenas com ciência, mas com sabedoria, arte, prática e visão profética”⁶⁶, considerou plenamente constitucional o artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC sua aplicação aos bancos, financeiras, seguradoras e administradoras de cartões de crédito.

Contudo, ao contrário do que se poderia pensar, o Código de Defesa do Consumidor não projeta suas luzes por sobre a totalidade das contratações de natureza bancária. Não são todas as operações bancárias regidas pelo Direito do Consumidor, haja vista que parte delas é efetuada entre banco e banco ou entre bancos e instituições governamentais de controle.⁶⁷

Nessa perspectiva, importam ao presente estudo somente as atividades de natureza bancária prestadas pelos bancos aos consumidores, isto é, aquelas que configuram típicas relações de consumo e, destarte, são amparadas pelo CDC.

As atividades de natureza bancária são celebradas entre dois sujeitos bastante claros: uma das partes do contrato será necessariamente uma instituição financeira e a outra parte um consumidor interessado em receber certo crédito ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica, de acordo com as definições do CDC.

Já analisado o conceito de consumidor, cabe avaliar a definição de banco. Consoante a lição do doutrinador Nelson Abrão, “banco é: a) uma organização empresária; b) que se

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 365.

⁶⁷ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos bancários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 50.

utiliza de recursos monetários próprios, ou de terceiros; c) na atividade creditícia (toma e dá emprestado)”.⁶⁸

Os bancos, como instituições financeiras, também foram legalmente conceituados no artigo 17 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964:

(...) 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.

O objeto dos contratos bancários será sempre o crédito, atuando o banco como movimentador de valores, incentivando a circulação de riqueza e possibilitando a produção e a aquisição de outros bens para proveito geral da sociedade⁶⁹.

Unindo-se estes elementos, podemos extrair o conceito de contrato bancário ou, na definição de Nelson Abrão, de operação bancária, dividida em dois aspectos: econômico e jurídico:

Economicamente, há que se considerar a prestação de serviços no setor creditício que redunde em proveito tanto para o banco, como para o cliente. Juridicamente, a operação bancária, para se ultimar, depende de um acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual se diz que se insere no campo contratual.⁷⁰

A relevância alcançada pelos contratos bancários, contudo, não reside na especificidade ou na peculiaridade dos elementos que os compõem, mas nos contornos que adquiriram ao longo dos anos e na magnitude que assumiram na sociedade moderna.

A mobilização dos recursos, as respectivas aplicações e o direcionamento das importâncias para uma pulverização acentuada explicam em parte a relevância social que identifica as instituições financeiras, donde subministra a

⁶⁸ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.

⁶⁹ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos bancários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 57.

⁷⁰ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

preponderância do público sobre o privado, nessa multissecular relação diagnosticada entre o consumidor e a atividade desenvolvida pelo banqueiro.⁷¹

Não tem, porém, relevância apenas social a atividade desenvolvida pelos bancos. A prestação de serviços de natureza bancária assumiu na sociedade contemporânea caráter de atividade indispensável a qualquer cidadão, mormente às empresas. E justamente essa relação de dependência com os serviços bancários é que coloca os consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, em situação de vulnerabilidade extrema em relação às instituições financeiras.

Acrescente-se a isso o fato de que se os contratos bancários - e conseqüentemente as atividades de natureza bancária de modo geral - só podem ser ofertadas por instituições financeiras, os consumidores somente podem recorrer aos bancos para aquisição de crédito.

Tal fenômeno pode ser resumido na expressão “bancarização”, trazida do direito norte-americano por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, e explicado por James Marins:

Nas sociedades massificadas ocidentais, a submissão ao sistema bancário é quase compulsória. Em verdade, poucos são aqueles que vivem à margem dos sistemas bancários e, quando acontece, não raro tal situação significa estar à margem da própria sociedade. Nas relações bancárias interempresariais, o fenômeno da “bancarização” atinge proporções ainda mais significativas, se se considerar que a atividade produtiva, hoje, somente se concretiza à sombra do sistema bancário, seja nas operações de cobrança, pagamento, incluindo a obtenção de recursos para investimento, capital de giro, ou até mesmo a própria sobrevivência da empresa, o que levaria, por assim dizer, à existência de uma específica vulnerabilidade empresarial no plano das relações bancárias, sobretudo tendo-se em vista que tais contratações sempre se enquadram como típico contrato de adesão.⁷²

Muito embora a sujeição dos consumidores aos contratos bancários, já seja capaz de, por si só, denotar sua condição de específica vulnerabilidade em relação às instituições financeiras, cabe também lembrar que tais contratos, em sua maioria, consistem em típicos pactos de adesão textualmente conceituados no artigo 54 do CDC como o contrato “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

⁷¹ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos bancários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 21.

⁷² MARINS, James. *Proteção contratual no CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários*. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, 1996, v. 18, p. 100-101.

Na quase totalidade das vezes, os contratos bancários são apresentados aos consumidores por meio de formulários padronizados, com cláusulas elaboradas unilateralmente pela instituição financeira contendo, de antemão, informações como taxas de juros, índice de correção monetária, percentual e condições de incidência de multas, cabendo ao consumidor, como parte aderente, o preenchimento de não mais que seu nome e outros dados pessoais.

As circunstâncias que cercam essa sorte de contratação e a conjuntura na qual são firmados são descritas com riqueza de detalhes por Antônio Carlos Efiging:

Normalmente, o consumidor, quando procura um estabelecimento de crédito, pretendendo a contratação de qualquer serviço ou obtenção de financiamento, o faz por necessitar muito do crédito pretendido. Nesta situação, não pode se dar ao luxo de discutir as cláusulas da avença, especialmente quando o banco fornecedor já apresenta o instrumento contratual elaborado, restando ao consumidor aderir a ele ou não. O fato de o consumidor aderir a este contrato não significa que tenha tomado conhecimento integral do seu conteúdo, nem que esteja de acordo com as cláusulas ajustadas.⁷³

Aliás, na maior parte das vezes, além de não ser orientado pela instituição financeira sobre os riscos dos termos assumidos, nem sequer é dado ao consumidor ler com a devida atenção, antes de assinar o instrumento contratual, o seu conteúdo integral para que possa tomar ciência das cláusulas e condições às quais está se comprometendo.

Afasta-se a liberdade contratual, por ser impossível admitir como livremente celebrado um contrato no qual uma das partes tem todos os elementos ao seu lado, restando à outra parte apenas concordar com as condições que lhe são impostas, até por questão de absoluta necessidade.

Como resultado direto da ausência de informação, de transparência, e não raras vezes de boa-fé das instituições financeiras e mesmo de legítima manifestação de vontade do consumidor, os contratos bancários quando não rescindidos, terão sua execução condicionada à modificação ou à revisão de seu conteúdo de forma a equilibrar a vontade expressa pelas partes com os princípios norteadores de uma nova concepção contratual.

⁷³ EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 172-173.

7 EXCESSO DE ONEROSIDADE: O GRANDE VILÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Segundo o artigo 478 do Código Civil:

[...] nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

O Código Civil de 2002 trouxe do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988 inúmeros preceitos permitindo, com fundamento nos princípios da boa-fé e da equidade e, sobretudo, na fraqueza ou vulnerabilidade do devedor, que, diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que tenham tornado excessivamente oneroso o contrato, possa ele pedir sua resolução, ou seja, a dissolução do vínculo obrigacional.⁷⁴

Sobre o mesmo dispositivo, observa Antônio Carlos Efiging:

Interessante a determinação do legislador, em que observa de forma expressa que o pedido de resolução do contrato é possível apenas naqueles de execução continuada ou diferida. Em verdade, a possibilidade de revisão ou mesmo de resolução são conseqüências desta classificação, já que o inverso (os contratos de execução instantânea) não apresenta a possibilidade de, na execução de uma prestação futura, qualquer prestação tornar-se excessivamente onerosa e, principalmente, por um fato imprevisível.⁷⁵

Podemos perceber ainda, outros requisitos pela leitura do mesmo artigo 478 do CC:

a) a onerosidade excessiva da prestação para uma das partes, impossibilitando ou dificultando sobremodo o seu adimplemento, b) que tenha ocorrido benefício exagerado para a parte credora, caracterizando enriquecimento sem causa, contrário à ordem pública e à função social do contrato (art. 421), posto que, na nova ordem não se permite a exploração de uma parte pela outra e c)

⁷⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 124.

⁷⁵ EFING, *Contratos e procedimento bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 94.

os acontecimentos que causaram o desequilíbrio nas prestações e a onerosidade excessiva devem ser imprevisíveis e extraordinários, a dizer, que não tenham sido previstos pelas partes, em face de sua anormalidade. Não basta que sejam supervenientes; devem ser imprevisíveis e extraordinários, o que conduz à conclusão de que o novo Código Civil adotou a teoria da imprevisão para justificar a resolução contratual por onerosidade excessiva⁷⁶.

Apesar de divergência doutrinária e mesmo jurisprudencial acerca da possibilidade de revisão contratual pelo Código Civil, alguns autores⁷⁷ sustentam que não apenas a resolução é permitida, pois que, a pedido do devedor, o Judiciário também pode rever o contrato, alterando cláusulas de modo a afastar a onerosidade excessiva imposta ao devedor e o enriquecimento ilícito alcançado pelo credor.

Trata-se da aplicação do argumento de quem pode o mais (resolução), pode o menos (revisão), com o que se busca a um só tempo, a conservação dos contratos e o restabelecimento do equilíbrio das prestações. De fato, se a lei permite a resolução do contrato, que tem a força de extingui-lo, porque não poderia permitir sua sobrevivência, após revisão e expurgo dos fatores e causas do desequilíbrio da prestação do devedor?⁷⁸

A revisão contratual no Código Civil ainda encontra respaldo na incidência concomitante das já mencionadas cláusulas gerais da função social do contrato (art. 421) e da boa-fé objetiva na conclusão e execução dos contratos (art. 422).

Por fim, a possibilidade de revisão contratual, mesmo em contratos regidos pelo Código Civil, também encontrariam fundamento no artigo 317 de tal diploma, que, ao tratar do adimplemento e da extinção das obrigações, estabelece:

“[...] quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

⁷⁶ ALMEIDA, João Batista de. *Resolução e revisão dos contratos*. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). *Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 233-234.

⁷⁷ Como Nelson Nery Júnior, João Batista de Almeida e Maria Helena Diniz.

⁷⁸ ALMEIDA, João Batista de. *Resolução e revisão dos contratos*. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). *Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 235.

Importante registrar que pelo Código Civil teriam de ser observados na revisão contratual os mesmos requisitos estabelecidos para a resolução contratual: onerosidade excessiva da prestação a uma das partes; vantagem exagerada à parte contrária e imprevisibilidade e extraordinariedade dos acontecimentos geradores do desequilíbrio contratual.

Por sua vez, o artigo 479 do mesmo Código trata da possibilidade de revisão contratual condicionada à anuência do réu, nos seguintes termos: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Em que pese dispor o credor da oportunidade de reconhecer a excessiva onerosidade que recai sobre o devedor e proceder à revisão das cláusulas contratuais extrajudicialmente, a hipótese que se vislumbra é a da existência de uma ação de resolução contratual em curso, na qual o réu sinaliza a possibilidade de modificação das condições excessivamente onerosas, daí resultando não a resolução, mas a mera revisão contratual.

Após solução para sanar a onerosidade contratual excessiva já verificada, causadora do desequilíbrio, o legislador sugere formas de evitar que também o adimplemento do contrato se torne excessivamente oneroso ao devedor, permitindo que este - antes mesmo que o cumprimento da obrigação se torne demasiadamente custoso - pleiteie a redução de sua prestação ou a modificação da forma de executá-la. É o que autoriza o artigo 480 do CC, ao dispor que “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Embora não haja no dispositivo menção expressa a todos os requisitos necessários à sua aplicação, entende-se ser admissível presumir a iminência de onerosidade excessiva “sem a exigência de que tenha decorrido de fatos extraordinários e imprevisíveis pois, do contrário, o dispositivo teria feito remissão ao art. 478”⁷⁹.

Faz-se necessário também o pedido judicial de revisão do contrato, visando-se a evitar a onerosidade excessiva, seja através da redução da prestação, seja por meio da alteração no modo de execução. Essa forma de revisão não contempla os contratos comutativos, posto que, nesse caso, as prestações cabem a ambas as partes contratantes e não apenas a uma delas. Para os comutativos aplica-se a regra do art. 478 do Código Civil, tanto para a resolução, como para a revisão. Por se tratarem os contratos bancários de contratos

⁷⁹ ALMEIDA, João Batista de. *Resolução e revisão dos contratos*. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). *Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 238.

comutativos, pode-se presumir que o artigo 480 não se aplica às contratações firmadas entre instituições financeiras e consumidores.

Cabe esclarecer que, especificamente no tocante aos contratos bancários, a resolução contratual – ou mesmo a revisão contratual, como entendem alguns autores⁸⁰ -, da forma como prevista no Código Civil, somente se aplica às contratações bancárias firmadas entre bancos ou entre banco e instituições governamentais de controle, como classifica o autor Paulo Maximilian⁸¹. Aos contratos bancários firmados entre bancos e consumidores será possível sua modificação ou revisão, de acordo com os ditames do Código de Defesa do Consumidor, como exposto em capítulo anterior.

E apesar de o Código Civil não reger diretamente os contratos bancários celebrados entre instituições financeiras e consumidores, seus dispositivos em muito se assemelham às normas contidas no Código de Defesa do Consumidor no tocante à modificação dos contratos, visto que nelas baseados, mormente se considerada a possibilidade de revisão contratual com base no Código Civil, tornando semelhantes em certos aspectos os efeitos práticos da aplicação de um ou outro diploma, devendo-se considerar, porém, as peculiaridades que caracterizam a teoria da imprevisão⁸², recepcionada exclusivamente pelo Código Civil.

7.1 Teoria da onerosidade excessiva

O Código de Defesa do Consumidor declara como direito básico do consumidor a aplicação da teoria da onerosidade excessiva (art. 6º, inciso V, da Lei 8.078/90) instaurando assim uma nova fase no direito brasileiro para revisão ou modificação de condições contratadas.

⁸⁰ Os já citados: Nelson Nery Júnior, João Batista de Almeida e Maria Helena Diniz

⁸¹ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos bancários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

⁸² A teoria da imprevisão foi a fórmula encontrada pelos juristas do pós-guerra para acomodar situações excepcionais que afetavam as relações contratuais. Nada obstante a rigidez e o enraizamento do princípio *pacta sunt servanda*, que exigia a manutenção do contrato firmado, vez que fora feito para ser cumprido, começaram os juristas do fim do século XIX, início do século XX, a formular teses que tentavam conciliar o pacto a ser adimplido com as circunstâncias supervenientes. A denominada teoria da imprevisão vem a ser a elaboração técnica mais aceita para, dentro dos moldes da contratualística clássica, adaptar o contrato a eventos futuros e imprevisíveis que afetem a estrutura negocial. (FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Revisão do contrato*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 55-56.

Rizzatto Nunes entende que a teoria da onerosidade excessiva do CDC não se trata da cláusula *rebus sic standibus*, mas de revisão pura, decorrente de fatos supervenientes à formação contratual, pois não se trata de um acontecimento imprevisível.⁸³

Diferente de outras teorias adotadas por nosso ordenamento jurídico, a novidade é justamente que não precisa ser a onerosidade excessiva, imprevisível. Esta teoria não gera insegurança jurídica, pois só serão considerados os fatores que extrapolem os riscos normais do negócio. É balizada pela boa-fé, ou seja, as alterações contratuais não ferem este princípio contratual e sim traz implícito outro princípio: o da conservação do contrato de consumo como preconizado no art. 51, § 2º da Lei 8.078/90.⁸⁴

Foi a vulnerabilidade do consumidor brasileiro que motivou a inserção da revisão contratual como um direito. O Código de Defesa do Consumidor atua como saneador, primando pela prevalência contratual, no momento em que houver vantagem exacerbada de uma das partes em detrimento da outra.

7.2 Conceito de onerosidade excessiva

Diferente do instituto da lesão, defeito que está na gênese do contrato, a onerosidade excessiva é consequência de um fato posterior, e surge em razão de fatos ocorridos depois da celebração do contrato. Pode acontecer que, por razões supervenientes, ocorra uma alteração objetiva da base do negócio, isto é, daquelas circunstâncias objetivas que estavam presentes no momento no qual o negócio foi celebrado e em razão das quais foi feito. A modificação superveniente vai gerar uma situação que tornará mais onerosa a obrigação a uma das partes, tornando a relação desequilibrada, mais proveitosa para uma parte em detrimento da outra.

Assim, trata-se o instituto da onerosidade excessiva de instrumento apto a devolver ao contrato seu equilíbrio, respeitando o interesse ensejador da relação jurídica, justificando assim sua natureza de matéria de ordem pública, que vai além da capacidade de disposição das partes, visando à tutela de terceiros.

⁸³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 134.

⁸⁴ Art. 51, § 2º: “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.” (BRASIL. *Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. Legislação*. Organizador Yussef Said Cahali – 9ª Ed. Rev. ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1213.)

Podemos assim dizer que onerosidade excessiva é conceito vago cuja aplicação compete ao Judiciário, visto não ter sido definido seus limites no Código de Defesa do Consumidor. Pode ser entendida como o desequilíbrio que torna a satisfação da obrigação contratual custosa demais para a parte que a invoca. Ou seja, o primeiro pressuposto de onerosidade excessiva é exatamente a situação de desequilíbrio que o cumprimento da obrigação causaria à parte que pretende a revisão contratual. A execução do contrato deve ser, a exemplo do que também ocorre com a teoria da imprevisão, causa de grave perturbação para uma das partes, inviabilizando o cumprimento na forma em que fora pactuado.

Ao contrário do que possa parecer, para a configuração da onerosidade excessiva não há a necessidade de a revisão contratual corresponder a expressivo valor pecuniário. O requisito que importa é que a prestação se torne árdua a uma das partes. Para Carlos Efig, qualquer obrigação que se mostre indevida, mesmo que sem expressiva repercussão financeira, já representa onerosidade passível de revisão contratual baseada na onerosidade excessiva⁸⁵. Até o inadimplemento da obrigação pode ser indício de que o cumprimento se tornou excessivamente árduo para um dos contratantes, podendo até inviabilizar totalmente o respeito aos prazos assumidos.

Porém, somente a análise do caso concreto poderá nos dizer se há ali a caracterização de uma onerosidade excessiva. Somente após análise detida das condições contratuais e da vontade das partes no aperfeiçoamento do contrato, é que se poderá dizer se houve realmente vantagem excessiva a um dos contratantes em detrimento do outro. O caso concreto é que nos dirá se tal cláusula contratual pode ser modificada ou é nula de pleno direito, devendo ser considerada abusiva.

7.3 Taxas abusivas de juros

Não há proibição à cobrança de juros. Nem a Bíblia censura a sua cobrança conforme percebemos nas palavras do profeta Ezequiel 22:12⁸⁶. Mas a religião condena energicamente sua cobrança excessiva.

⁸⁵ EFING, Antônio Carlos..*Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2005. v. 2. p. 32.

⁸⁶ “*Aí existe gente que aceita suborno para derramar sangue. Você cobra juros com usura, explora o próximo com violência e se esquece de mim – oráculo de Javê*” EZEQUIEL. In: BÍBLIA SAGRADA Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1990.

Não só a religião, mas também a ética e a moral combatem a ganância da usura e dos juros ilícitos, como o faz também o Direito. A cobrança de juros no Brasil é a mais elevada do mundo, eis que nosso Sistema Financeiro Nacional permite aos bancos estabelecerem livremente as taxas de mercado, conforme Resolução BACEN n.º 389, de 15 de setembro de 1976:

RESOLUCAO 389:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada nesta data, tendo em vista o disposto no art. 4º, incisos VI e IX, da referida Lei, R E S O L V E U:

I - Ressalvado o disposto no item II, as operações ativas dos bancos comerciais serão realizadas, a partir desta data, a taxas de mercado.

II - As operações típicas de crédito rural, as realizadas mediante repasse de recursos externos, as refinanciadas com recursos de instituições financeiras oficiais e as aplicações de que trata a Resolução nº 388, de 15 de setembro de 1976, continuarão sujeitas a regulamentação específica.

Luiz Antônio Scavone Júnior conceitua juros como o lucro, o rendimento de um determinado capital representado por bens fungíveis, principalmente o dinheiro⁸⁷. Quanto a origem, podem ser distinguidos por legais (decorrentes da lei) e convencionais (pactuados entre as partes contratantes)⁸⁸. Já quanto à natureza da obrigação, podemos classificá-lo como compensatório – são devidos em razão da utilização de capital pelo devedor, constituem frutos civis do valor empregado – ou moratório – decorrem do não pagamento, sanção pela mora ou atraso no cumprimento da obrigação. Por fim, os juros quanto à capitalização, podem ser simples – lineares – ou compostos – juros sobre juros⁸⁹.

Importante fazer uma ressalva: a capitalização de juros não é sinônimo de juros sobre juros – juros compostos⁹⁰ -. Salienta Luiz Antônio Scavone que: “capitalização de juros é gênero do qual são espécies: capitalização simples e capitalização composta⁹¹”.

Assim, não podemos confundir juro com taxa de juros, uma vez que o primeiro é computado pela multiplicação do capital-valor pelo segundo, ou seja, juro é o resultado da

⁸⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no direito privado brasileiro. O código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 533.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 2. 19º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.79

⁸⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.147.

⁹⁰ Não é esse, porém, o posicionamento de Arnaldo Rizzardo. Para esse doutrinador, capitalização de juros necessariamente pressupõe aplicação de juros sobre juros: “conhece-se, ainda, a capitalização de juros, que é a soma de seu montante ao capital, para efeito de produzir juros, isto é, corresponde à operação que envolve o cálculo de juros sobre juros, adicionados ao capital”. (*Contratos de crédito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 239).

⁹¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.148.

multiplicação do valor investido pela taxa de juro. Neste sentido, a taxa de juro será determinada, entre outros dados, em função do lapso temporal entre passado e futuro que envolve o empréstimo do dinheiro presente e o retorno do dinheiro futuro, e o preço deste empréstimo, quer dizer, a renda proporcionada pelo investimento do dinheiro durante este intervalo de tempo será o juro.

A definição da taxa de juros para a economia de um país tem repercussão variável: em curto prazo, controla a inflação da economia; em longo prazo, repercute sobre todo o processo de poupança e investimento⁹².

O Código Civil de 1916 dispunha sobre a limitação da taxa de juros, estabelecendo no artigo 1.062 que a taxa de juros moratórios, quando não convencionada entre as partes, seria de 6% ao ano, e, no artigo 1.063, que os juros devidos por força de lei ou por convenção das partes sem, entretanto, menção à taxa estipulada, também seriam de 6%. Os juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis somente poderiam ser fixados abaixo ou acima da taxa de 6% ao ano, com ou sem capitalização, mediante cláusula expressa, conforme o antigo artigo 1.262.

A própria aplicação do disposto no Código Civil de 1916 possibilitava abusos, motivo pelo qual, no ano de 1933 foi promulgado o famigerado Decreto n.º 22.626/33, conhecido como “Lei da Usura” que expressamente proibiu a cobrança de juros superiores ao dobro do limite previsto no artigo 1.062 do Código Civil vigente à época, ou seja, superiores a 12% ao ano, nos seguintes termos: “É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062)”.

Importante notarmos que o Código Civil de 1916 regulava, por meio do artigo 1.262, os juros remuneratórios apenas no mútuo – já que inserido no título que tratava desta matéria –, ao passo que o Decreto n.º 22.626/33 ampliou o campo de incidência da norma, vedando a estipulação de taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal em quaisquer contratos.

Em 1951 a prática da usura foi definida como crime contra a economia popular pela Lei n.º 1.521/51 em seu artigo 4º, que configuraria crime de usura:

- a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida, cominando

⁹² ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 109.

para os referidos ilícitos pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

Em 1964, ante a ausência de legislação que dispusesse sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, foi editada a Lei n.º 4.595/64 criando o Conselho Monetário Nacional e a ele atribuindo a tarefa de limitar a taxa de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os serviços prestados pelo Banco Central do Brasil⁹³. Resumindo, a Lei n.º 4.595/65 autorizou o Poder Legislativo a delegar poderes ao Executivo para, por meio de Resoluções do Conselho Monetário Nacional, legislar sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

Em setembro de 1976 veio a já citada Resolução n.º 389/ 76 do Banco Central do Brasil, estabelecendo que as operações dos bancos comerciais obedecessem às taxas de mercado. Nesse mesmo ano, partindo da posição de que as instituições financeiras haviam sido liberadas do dever legal de observar a limitação prevista no em princípio revogado Decreto n.º 22.626/33 – Lei da Usura –, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º 596, estabelecendo que as disposições contidas no Decreto 22.626/33 não se aplicariam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional⁹⁴.

Com a Constituição Federal de 1988 esse panorama foi alterado, subtraindo-se do Executivo o poder de legislar (concedido pelo artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/65), como expressamente dispõe o artigo 25, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao determinar que ficariam revogados todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem a órgão do Poder Executivo competência assinada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa.

Percebemos assim que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou a Lei n.º 4.595/65. Conseqüentemente podemos concluir que, mesmo não sendo o entendimento manso e pacífico, a Lei de Usura retornou ao cenário jurídico, voltando desde 05 de abril de 1989 (180 dias após a promulgação da CRFB/88), a disciplinar a matéria⁹⁵. Fato este comprovado pela simples leitura do parágrafo 3º do Artigo 192 da Constituição Federal:

“O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade,

⁹³ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos bancários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p.252.

⁹⁴ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos bancários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p.253.

⁹⁵ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos bancários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p.254.

será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre (...)as taxas de juros reais, nelas incluídas as comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

Não fosse a expressão “nos termos que a lei determinar”, teria terminado as discussões sobre a limitação da taxa de juros no Brasil. Tal expressão possibilitou inúmeras discussões sobre se o citado parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição era ou não auto-aplicável. Tais discussões somente tiveram fim com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n.º 4, julgada em março de 1991 onde o STF decidiu pela não auto-aplicabilidade da norma constitucional e conseqüentemente da necessidade de regulamentação por lei complementar.

Inúmeras propostas de alteração do parágrafo 3º do artigo 192 foram apresentadas e discutidas, até que, em maio de 2003 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 40/2003, resultante da Proposta de Emenda 53, de 1999, do então Senador José Serra⁹⁶.

Promulgada tal Emenda Constitucional alterou-se o Sistema Financeiro Nacional modificando a redação do artigo 192 suprimindo seu parágrafo terceiro, fulminando a questão relativa à eficácia da limitação constitucional dos juros.

Após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 40 observamos uma situação no mínimo escandalosa: as instituições financeiras passaram a gozar de condição absolutamente distinta daquela conferida aos cidadãos comuns no que toca à limitação dos juros quando do empréstimo de capital pois, as disposições do Decreto n.º 22.626 de 1933 – Lei da Usura – não mais se aplicam às taxas de juros e outros encargos cobrados por instituições públicas, ao passo que aos particulares a limitação prevista no Decreto n.º 22.626/33 permanece em pleno vigor. Como adverte Alcio Manoel de Sousa Figueiredo:

Na verdade, o cidadão comum que emprestar dinheiro e cobrar juros acima do limite estabelecido em nossa legislação está sujeito a responder pelo crime de usura, além de ser declarada nula de pleno direito a cláusula ou a avença que estabeleceu juros acima de 1% ao mês ou de 12% ao ano. Já para o Sistema Financeiro Nacional, diga-se os Bancos, não existe limite, ou seja, os integrantes do Sistema Financeiro Nacional aplicam as taxas de juros que entendem corretas, sem qualquer restrição, limites ou impossibilidades⁹⁷.

Percebe-se claramente a incongruência formada: enquanto para as instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional não há limites para a imposição de taxas de juros, os

⁹⁶ TURCZYN, Sidnei. *O sistema financeiro nacional e a regulação bancária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 118.

⁹⁷ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Revisão do contrato*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 54.

particulares estão limitados pela aplicação da Lei da Usura, ferindo claramente o princípio constitucional da isonomia.

Porém, o próprio Código de Defesa do Consumidor possui três dispositivos muito claros para que o contrato possa voltar ao equilíbrio: 1) o artigo 6º, inciso V que estabelece ser direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; 2) o artigo 39, inciso V que veda ao fornecedor exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; 3) o artigo 51, inciso IV que determina a nulidade de pleno direito de cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas; que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou, ainda, que sejam incompatíveis com a boa-fé e com a equidade.

7.3.1 Controle dos juros no atual Código Civil

O artigo 406 do Código Civil estabelece que quando os juros moratórios não forem convencionados ou o forem sem, todavia, contiver taxa estipulada ou ainda quando forem oriundos de determinação da lei serão fixados “segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

No artigo 591 temos que “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”. Já que o artigo 406 não prevê qualquer taxa, podemos presumir que o mútuo está condicionado à taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Assim, os juros de mora ou juros referentes ao mútuo deixam de ter limitação fixa e passam a acompanhar a variação da taxa estipulada para pagamento daqueles oriundos de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Normalmente, no Direito Tributário os juros de mora obedecem à taxa de 1% ao mês, como estabelecido no parágrafo 1º do artigo 161: “Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta [...]. § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”.

Porém, admissível o entendimento de que a lei de fato dispõe de modo diverso, determinando em alguns dispositivos a aplicação da taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), fixada mensalmente pelo Comitê de Política Monetária (COPOM),

órgão vinculado ao Banco Central do Brasil. A taxa Selic está prevista no artigo 84 da Lei n.º 8.981/95, cuja redação foi alterada pelo artigo 13 da Lei n.º 9.065/95, restando determinado que os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, serão acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa Selic para títulos federais. Também o parágrafo 4º do artigo 17 da Lei n.º 9.779/99 estabelece que as prestações do parcelamento concedido ao contribuinte serão acrescidas de juros equivalentes à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

Segundo Luiz Antonio Scavone Junior, ilegal a aplicação da taxa Selic para fixação de juros no âmbito do direito privado:

Essa taxa, atualmente, não pode ser outra senão a taxa de juros estabelecida no art. 161, § 1o, do Código Tributário Nacional, para a mora no pagamento de Impostos, ou seja, 1% ao mês.

Poder-se-ia redarguir, afirmando que o § 1º, do art. 161, do Código Tributário Nacional, permite expressamente que lei determine outra taxa, como é o caso da taxa Selic, que, por essa razão, seria legal.

Todavia, não nos parece que essa seja a conclusão verdadeira.

Não se pode deslembrar que, a teor do que dispõe o art. 34 do ADCT, o Código Tributário Nacional foi recepcionado como lei materialmente complementar pela Constituição Federal de 1988.

Se assim é, jamais leis ordinárias, como são as leis que instituíram a taxa Selic – Leis n. 8.981/95 e n. 9.779/99 -, poderiam se sobrepor ao comando de lei materialmente complementar.

Assim, a lei para modificar a taxa de 1% determinada pelo art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional, teria que ter, obrigatoriamente, natureza complementar.

Em suma, a taxa de juros legais moratórios do Código Civil, nos termos do seu art. 406, é a taxa de 1% do art. 161, § 1o do Código Tributário Nacional⁹⁸.

Entende-se, portanto a legalidade da taxa Selic para o cálculo da remuneração de títulos públicos, mas não pode ser utilizada como critério para a fixação da taxa de juros em qualquer tipo de empréstimo, seja entre particulares ou celebrado com instituição financeira, pois tornará a obrigação excessivamente onerosa na maioria dos contratos firmados.

7.3.2 Composição da taxa média de mercado

Não há na doutrina definição certa quanto ao conceito de “taxa média do mercado”, contudo o STJ já se pronunciou na esteira do entendimento de que a taxa média de mercado é aquela apurada pelo Banco Central do Brasil⁹⁹.

⁹⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.548.

Tal entendimento está consolidado pela Súmula 296, de 09 de setembro de 2004, segundo a qual “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”.

O Banco Central do Brasil divulga diariamente o valor da taxa básica de juros, bem como as tarifas cobradas pelas instituições financeiras. Assim, podemos dizer que a taxa média de juros seria aquela praticada pelos bancos em determinado período. Desta forma, não existe por parte do Banco Central do Brasil uma divulgação de taxa média de mercado, mas taxa média de operação realizada por determinada instituição financeira¹⁰⁰. Segundo o Banco Central, quanto à tabela por ele divulgada, “As taxas de juros representam a média do mercado e são calculadas a partir das taxas diárias das instituições financeiras ponderadas por suas respectivas concessões em cada data. As taxas médias mensais são obtidas pelo critério de capitalização das taxas diárias ajustadas para um período padrão de 21 dias úteis¹⁰¹.”.

Apesar disso a média entre as taxas praticadas pelas instituições financeiras para cada espécie de operação bancária não torna justo, por si só, o resultado encontrado. O fato de as instituições financeiras adotarem determinada taxa de juros, variável em escala mínima para mais ou para não afasta a excessiva onerosidade que tal taxa - a média entre as taxas praticadas - pode acarretar a determinado consumidor.

Necessário encontrar parâmetro que oriente melhor a estipulação de juros, afinal, os juros constituem meio eficaz de facilitar a circulação de capitais, devendo ser suportados por quem goza dos benefícios decorrentes do uso do capital.

Como vimos, a taxa de juros pode ter limite na lei ou na decisão judicial, sendo certo que não cabe ao juiz interferir genericamente no mercado para estabelecer taxas, mas é seu dever intervir no contrato que está julgando, para reconhecer quando o princípio do equilíbrio contratual foi violado, a fim de preservar a equivalência entre a prestação oferecida pelo financiador e a contraprestação que está sendo exigida do mutuário¹⁰².

⁹⁹ São exemplos os julgados: Processo AgRg no REsp 935231/RJ, Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0064387-0, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 21/08/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 29.10.2007 p. 271; Processo AgRg no REsp 899287/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0237480-5, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 01/03/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 07.05.2007 p. 334.

¹⁰⁰ EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. *A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 63, 2007. p. 47.

¹⁰¹ Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>>, acessado em 18 nov. 2008.

¹⁰² RODRIGUES, Mauro Sérgio. *Prática de direito processual bancário: na visão do consumidor bancário*. São Paulo: Millennium, 2007, p. 23.

7.3.3 Anatocismo: a capitalização composta de juros

Como já explicado anteriormente, os juros podem ser simples ou compostos. Os juros compostos são também chamados de juros capitalizados.

Caracterizam-se pelo fato de que, ao longo do tempo de aplicação, o saldo total, ou seja, capital inicial acrescido dos juros dos períodos anteriores, é que será utilizado no cálculo do rendimento atual. Assim, os juros de um período são calculados também sobre os juros dos períodos anteriores, recebendo ainda tal procedimento a denominação de 'juros sobre juros' ou capitalização (uma vez que tais juros são incorporados ao capital para permitir a determinação de juros futuros). Assim, a capitalização composta indica um comportamento exponencial do capital ao longo do tempo, ou seja, o seu valor se altera como se fosse uma progressão geométrica. Nesse sistema, os juros são calculados sempre sobre um saldo acumulado, imediatamente precedente, sobre o qual já foram incorporados juros de períodos anteriores, o que, com o passar de certo tempo, pode deixar uma dívida impagável.

É o caso verificado no cheque especial por exemplo. Os juros capitalizados ao final de um mês entram no saldo da conta para o mês seguinte e servem de base de cálculo para os juros cobrados do próximo período, havendo crescimento exponencial da cobrança de juros.

Apesar de a capitalização composta de juros seja utilizada indistintamente pelas instituições financeiras, tal prática é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio desde 1850. O Código Comercial (Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850) já dispunha em seu artigo 253: “É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano”.

Já na vigência do Código Civil de 1916, por meio do já estudado artigo 1.262, passou-se a permitir que as partes fixassem, em cláusula contratual expressa nos empréstimos de dinheiro ou de outras coisas fungíveis, juros abaixo ou acima da taxa legal prevista em seu artigo 1.062, com ou sem capitalização, aqui presumida a capitalização composta.

Com o Decreto 22.626/33, também denominado Lei de Usura –ainda em vigor -, a capitalização mensal de juros foi definitivamente banida dos contratos, conforme artigo 4º: “É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”. Tal matéria foi objeto de súmula do STF, que em 1963, no Enunciado 121, ratificou o disposto no Decreto 22.626/33, estabelecendo, no tocante aos juros compostos: “É vedada a capitalização de juros, ainda que

expressamente convencionada”. Em 1993, o STJ, em atenção à legislação especial que regia a matéria, editou a Súmula 93, que permitiu a incidência de capitalização composta de juros somente sobre as cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

O Código Civil de 2002 confirmou a proibição da aplicação mensal de juros compostos ao dispor em seu artigo 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”.

Podemos assim concluir que a capitalização com periodicidade inferior à anual foi expressamente vedada pelo legislador, já que impossibilita que o consumidor ou contratante possa compreender a progressão do montante ao qual está se obrigando, ou mesmo ter conhecimento do valor final devido à instituição financeira com a qual contratou crédito, bem como por desequilibrar a relação contratual, sujeitando o devedor ao desproporcional crescimento da obrigação em razão dos juros calculados de forma exponencial.

7.3.4 A Medida Provisória 2.170-36

A Medida Provisória 1.963-17, de 30 de março de 2000, foi reeditada sob o número 2.170-36, em agosto de 2001. Seu artigo 5º criou uma exceção a respeito da capitalização dos juros que, até então, seguindo a regra geral, somente poderiam ser capitalizados anualmente nas hipóteses definidas no artigo 4º do Decreto 22.626/33. Fora tal situação, apenas se admitia a capitalização semestral dos juros nos créditos rurais (Decreto-lei 167/67), industriais (Decreto-lei 413/69) e comerciais (Lei 6.840/80).

A redação do citado artigo 5º é a seguinte: "Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

Contudo, o Código Civil de 2002, que é posterior à referida norma, em seu artigo 591, somente permitiu a capitalização anual dos juros. Assim, seguindo a regra da Lei de Introdução ao Código Civil, de que a lei posterior revoga a anterior quando for com ela incompatível, é de se reconhecer a revogação do artigo 5º da citada MP, não surtindo atualmente qualquer efeito, ressalvados, é claro, os créditos rurais, industriais e comerciais que continuam com sua disciplina própria e específica.

Muitas são as críticas à Medida Provisória n.º 1.963-17/00: primeiro que é norma de difícil compreensão porque, ao mesmo tempo em que dispõe sobre a administração dos

recursos de caixa do Tesouro Nacional e consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto, também estabelece no artigo 5º regra geral sobre a contagem de juros compostos em todas as operações de crédito, sem exceção; segundo, incompreensível o fato de que o artigo 5º, que libera a capitalização de juros, somente tenha sido inserido na décima sétima reedição da Medida Provisória n.º 1.782 cujo assunto é diverso do citado artigo; e, finalmente, que tal medida provisória em nada atende aos requisitos constitucionais de relevância e urgência, pois a contagem de juros sobre juros já é vedada no Brasil desde a criação do Código Comercial, em 1850¹⁰³.

Além do mais, para a validade da capitalização de juros devem ser atendidos determinados requisitos estabelecidos pelo CDC para a redação de cláusulas contratuais nos instrumentos sujeitos à legislação consumerista:

Tal qual ocorre com as operações regidas pela Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça, as novas liberdades de cláusulas fixadas pelas medidas provisórias deverão, para ter poder vinculante, que se preocupar com o conceito de pacto. O Pacto, à luz do CDC, das Medidas Provisórias e da Súmula 93 do STJ, para gerar efeitos, terá que conter: a) redação clara e de fácil compreensão; b) informações completas acerca das condições pactuadas e seus reflexos no plano do direito material; c) redação com informações corretas, claras, precisas e ostensivas, sobre as condições de pagamento, juros, encargos, garantia; d) em destaque, a fim de permitir sua imediata e fácil compreensão, as cláusulas que implicarem limitação de direito¹⁰⁴.

Apesar de afrontar claramente dispositivos constitucionais, a capitalização de juros em tese autorizada pelo artigo 5º da Medida Provisória n.º 2.170-36/2001, ainda tem sido admitida nos contratos bancários por parte dos tribunais pátrios:

Em decisão atual (REsp 890.460), a Quarta Turma do STJ acolheu recurso do Banco ABN Amro Real S.A. para fazer valer o dispositivo contratual pactuado no sentido da capitalização mensal dos juros remuneratórios. O voto do Relator, Min. Aldir Passarinho Junior, foi seguido por unanimidade na Turma. Na Terceira Turma, o tema recebeu a mesma interpretação (REsp 821.357).

Nesse contexto, julgamos oportuno transcrever decisão proferida nos autos do REsp 890.460/RS (4ª T, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18/12/07 DJU, 18/02/08):

“A MP n. 1.963-17/2000, republicada sob o n. 2.170-36/2001 (de garantia vigência em razão do art. 2º da EC n. 32/2001), é direcionada às operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, daí

¹⁰³ CASADO, Marcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro: de acordo com a medida provisória 1.925-8, que cria a cédula de crédito bancário, e a medida provisória 1.963-19, que autoriza a contagem de juros sobre juros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122.

¹⁰⁴ CASADO, Marcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro: de acordo com a medida provisória 1.925-8, que cria a cédula de crédito bancário, e a medida provisória 1.963-19, que autoriza a contagem de juros sobre juros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121.

sua especificidade, a fazê-la prevalecer sob o novo Código Civil. Dessarte, depois de 31/3/2000, data em que entrou em vigor o art. 5º da referida MP, as instituições financeiras, se expressamente pactuado, fazem jus à capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual em contratos não regulados por lei específica, direito que não foi afastado pelo art. 591 do CC/2002, dispositivo aplicável aos contratos civis em geral. No caso, cuidou-se de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, firmado após a vigência do novo Código Civil”.

Importante ressaltar que, como no julgado acima exposto, nos contratos civis em geral permanece aplicável o disposto no art. 591 da Lei Civil, autorizando a instituição do anatocismo apenas e tão somente nas operações de periodicidade superiores a um ano.

7.3.5 Cumulação de encargos, como comissão de permanência, correção monetária e multa moratória.

A comissão de permanência tem sua origem na Lei n.º 4.595/64, artigo 4º, inciso IX, segundo o qual compete ao Conselho Monetário Nacional, “limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil”.

Normatizada pela Resolução nº 1.129/86, do Banco Central do Brasil, trata-se de valor cobrando do contrato de mutuo após o vencimento da obrigação, podendo ter sua incidência concomitante aos juros moratórios. Ao longo do tempo a Comissão de Permanência, vem gerando inúmeras controvérsias quanto a sua natureza, legalidade e aplicabilidade cumulativa a outros encargos.

Assim como a correção monetária, trata-se de mais uma garantia à disposição das instituições financeiras para atualização do capital mutuado. Porém as duas verbas são inacumuláveis, visto que a comissão de permanência já traz em si um fator de atualização monetária, como explica Arnaldo Rizzardo:

A correção monetária não remunera o capital, mas apenas assegura a sua identidade no tempo. Da mesma forma, a comissão de permanência tem evidente caráter de atualização da dívida, sendo cobrada com base na Lei 4.595, cujo art. 30 regula o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa.¹⁰⁵

¹⁰⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 233.

Já a correção monetária tem disciplina desde a Lei n.º 6.423/77, onde somente alcançava a dívida pública mobiliária (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional). Em 1981, em um contexto de grandes perdas ocasionadas pela inflação, a Lei nº 6.899 determinou a incidência de correção monetária sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios. Depois veio o Decreto n.º 86.649, do mesmo ano, regulamentando a Lei n.º 6.899/81, dispondo que em dívidas líquidas e certas a correção monetária mencionada no artigo 1º da Lei n.º 6.899/81:

(...) será calculada multiplicando-se o valor do débito pelo coeficiente obtido mediante a divisão do valor nominal reajustado de uma Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) no mês em que se efetivar o pagamento (dividendo) pelo valor da ORTN no mês do vencimento do título (divisor), com abandono dos algarismos a partir da quinta casa decimal, inclusive.

Podemos afirmar que a correção monetária constitui-se de simples manutenção do valor de compra (ou poder aquisitivo) pela variação de um índice de preços que reflete o acréscimo (inflação) ou decréscimo (deflação) dos preços no mercado. Diante da oscilação do valor de compra, e visando a evitar enriquecimento ilícito, “foram adotadas cláusulas de escala móvel nos contratos, ou cláusulas de correção monetária, que fazem com que o valor nominal varie de acordo com os índices inflacionários representados por percentuais aplicados aos valores devidos”.¹⁰⁶

No que se refere aos contratos bancários a correção monetária decorre da mora do consumidor, devendo, portanto, ser computada da constituição em mora, independentemente da propositura de ação judicial, de acordo com o artigo 395 do Código Civil. Contudo, compete frisar que a cobrança de encargos ilegais pelo credor descaracteriza a mora do devedor, como reiteradamente tem decidido o STJ.

As instituições financeiras não podem é cobrar cumulativamente de seus devedores inadimplentes comissão de permanência, juros moratórios e multa contratual. Esse é o entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, que passa a orientar os demais julgamentos envolvendo o assunto na Terceira e na Quarta Turma, órgãos julgadores que apreciam matéria relacionada a direito civil no Tribunal.

É exatamente o que se extrai da Súmula 30 do STJ, que consolidou o entendimento de que a comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis. A cumulação de duas verbas que representam atualização de capital configuraria verdadeiro *bis in idem*, segundo Arnaldo Rizzardo:

¹⁰⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.279.

Nos contratos, em geral, consta a exigência de taxas de expediente, ou de remuneração, e dos juros, que têm verdadeira natureza remuneratória. Estes encargos que surgem amiúde recompensam o capital durante o prazo de duração da dívida. Formam o preço do contrato, especialmente os juros, ao passo que a comissão de permanência tem natureza compensatória pelo atraso no pagamento. Da mesma forma, a correção monetária visa corrigir o valor monetário, ou assegurar a identidade da moeda. Nos dois institutos, identifica-se a sua razão de ser. Não interessa o rótulo. Em geral, as taxas de ambos coincidem. A cumulação redundaria em dupla atualização da medida de valor, ou em duplicação de moeda, ocorrendo um verdadeiro *bis in idem*, com o empobrecimento do devedor e o enriquecimento do credor.¹⁰⁷

Assim, percebemos que a cobrança da comissão de permanência não é ilegal, mas só pode ser realizada desde que não seja cumulada com correção monetária nem com juros moratórios, já que aquela, além de possuir caráter punitivo, aumenta a remuneração da instituição financeira, seja como juros remuneratórios sejam como juros simplesmente moratórios.

No que tange às multas moratórias fixadas nos contratos bancários, dispõe o parágrafo 1º do artigo 52 do CDC: “As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”. A multa de mora tem, assim, “natureza de cláusula penal moratória, e constitui medida coercitiva ou intimidativa, objetivando reforçar o vínculo obrigacional e mesmo prefixar as perdas e danos advindos do inadimplemento”.¹⁰⁸

Originalmente, o dispositivo comentado autorizava a cobrança de multa moratória na proporção de 10% (dez por cento) sobre o total da prestação em atraso. Com o advento da Lei 9.298/96, de 1º de agosto de 1996, que conferiu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 52 do CDC, as multas por inadimplemento ou atraso no cumprimento de obrigações não poderão ser superiores a 2% (dois por cento).

Mister lembrar que em alusão ao princípio da informação previsto no artigo 4º, inciso IV, do CDC, o artigo 52 do mesmo dispositivo estabelece que no fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor (observe-se que tanto outorga de crédito como concessão de financiamento são os principais objetos dos contratos bancários) deverá a instituição financeira fornecedora, entre outras obrigações, informar o consumidor prévia e adequadamente sobre o preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional, vedada a contratação em moeda estrangeira ou com base em outro fator de indexação, ainda que previsto em índices oficiais.

¹⁰⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 234.

¹⁰⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 246.

E é com base neste princípio que acompanhamos o entendimento de Cláudia Lima Marques de ser obrigação da instituição financeira, do profissional bancário, financeiro ou de crédito que a represente, informar o consumidor sobre o montante dos juros de mora e da taxa anual de juros sobre os acréscimos legalmente previstos e sobre o número e a periodicidade das prestações, para que ele possa entender qual percentual de sua renda familiar restará comprometido com o crédito obtido. Assim terá o consumidor meio de avaliar se de fato terá como arcar com o crédito, evitando dessa forma sua inadimplência e o superendividamento. Caberá ainda ao fornecedor informar o consumidor sobre a soma total a pagar, com e sem financiamento do montante principal, possibilitando a este verificar se o parcelamento lhe é mais ou menos vantajoso.¹⁰⁹

7.4 A prova da onerosidade excessiva

Verificada a onerosidade excessiva no contrato bancário, necessário a análise e verificação da distribuição do ônus da prova para que cheguemos à solução da ação judicial ajuizada com o objetivo de novamente equilibrar a relação contratual.

A justa distribuição do *onus probandi* é essencial para garantir o contraditório, auxiliando o Poder Judiciário na busca de provimentos judiciais que correspondam à verdade dos fatos alegados, seja como forma de permitir às partes que desenvolvam e apresentem os argumentos que lhes sejam benéficos. “Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim pode esperar sentença favorável, o ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga conseqüências favoráveis”¹¹⁰.

Ainda sobre o ônus da prova, ensina Luiz Rodrigues Wambier:

Uma das questões que mais tem merecido atenção nos modernos estudos da doutrina processual civil, é a que diz respeito ao ônus da prova.

(...)

Se utilizar uma postura dogmática eminentemente individualista - que é a conduta tradicional em que se baseia toda a formulação do Código de Processo Civil - o ônus da prova será visto como um encargo de que se deve

¹⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 772.

¹¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. p. 448.

desincumbir exclusivamente a parte interessada (autor ou réu, respectivamente, nos termos dos incs. I e II do art. 333), restando ao Juiz, nesse campo, um secundaríssimo papel no campo probatório, decorrente da aplicação do art. 130 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo de lei assim dispõe: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

(...)

A partir do moderno enfoque da amplitude de acesso à justiça, por outro lado, o ônus de provar é encarado como algo que é de responsabilidade de todos os sujeitos processuais, principalmente porque, nas hipóteses de hipossuficiência da parte, deixar a seu exclusivo encargo o desempenho de atividades de que não pode se desincumbir representa menoscabo ao princípio da amplitude de acesso à justiça¹¹¹.

A importância da distribuição da carga probatória atinge tanto a atividade do magistrado quanto a atuação das partes no processo. Diz-se, portanto, que o ônus da prova assume incidência tanto no âmbito subjetivo quanto no objetivo, este dizendo respeito à valoração ou à liberdade de apreciação da prova a ser feita pelo juiz no momento de proferir a decisão, concernente aos elementos probatórios trazidos pelas partes, sobretudo em caso de persistir dúvida. O ônus da prova subjetivo, por sua vez, é a prerrogativa atribuída às partes de trazer ao conhecimento do juiz todos os meios de prova que entendam interessantes para a defesa de suas alegações, na tentativa de fazê-las subsistir sobre as da parte adversa.

Partindo desta relevância processual, o Código de Processo Civil, em seu artigo 333, assim estabeleceu a regra de distribuição do ônus da prova:

O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Apesar de estabelecer uma regra geral para a distribuição da carga probatória, Luiz Eduardo Pacífico entende que este critério geral deixa inúmeros casos sem solução. Ao estabelecer que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo e ao réu o impeditivo, modificativo ou extintivo, não se indica um critério para a qualificação de certo fato dentro dessas categorias.¹¹²

Percebeu-se então que a regra geral não se adequava a muitos casos concretos, surgindo a necessidade de regras específicas para determinadas situações para possibilitar a

¹¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.p. 157-159.

¹¹² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 129.

efetiva comprovação dos fatos articulados pelas partes. Isso porque se evidenciou em certas ocasiões um natural desequilíbrio entre elas, o que ocasionava imensa dificuldade para o detentor do ônus em provar o que lhe era por lei determinado.

Visando então obedecer ao princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal, tendo em vista a desigualdade existente entre os participantes da lide, o CDC reconheceu a necessidade de facilitação da defesa dos direitos dos consumidores através de seu artigo 6º, inciso VIII:

São direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor facilita a defesa dos interesses dos consumidores através da inversão do ônus probatório a seu favor, instituto cuja relevância é destacada por Carlos Roberto Barbosa Moreira: “Uma das mais importantes inovações processuais do Código de Defesa do Consumidor reside na possibilidade, prevista em seu art. 6º, VIII, de o juiz determinar, no processo civil, a inversão do ônus da prova”.¹¹³

Quanto à prova da onerosidade excessiva, parece claro que o consumidor não dispõe dos meios necessários para produzir a prova que, pela regra geral do sistema processual, a ele incumbiria. Como não raras vezes ocorre nas contratações bancárias, ele nem sequer recebe cópia do instrumento contratual que assinou. E mesmo se tem acesso às condições impostas pela instituição financeira por meio do contrato de adesão por ela formulado, o consumidor não compreende o sentido ou o alcance das obrigações assumidas, em razão dos inúmeros encargos contratuais impostos cujos índices, quando não omitidos por completo, são redigidos de forma obscura, com expressões confusas e termos que dificultam sua interpretação, o que põe o consumidor em situação vulnerável.

Percebida nestas atitudes a ausência de boa-fé e afronta ao princípio da informação, os contratos bancários concebidos em tais moldes acabam por acarretar excessiva onerosidade ao consumidor que, em razão disso e sem alternativa, recorre ao Poder Judiciário para obter modificação ou revisão das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais.

Se de um lado a desproporcionalidade da contratação e sua excessiva onerosidade constituem condições ensejadoras de grave perturbação ao consumidor, a ponto de lhe tornar intangível o cumprimento de sua prestação nos termos inicialmente avençados - e, portanto

¹¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 22, 1997. p. 135.

aferíveis somente tendo em vista a sua real situação, o que induziria à conclusão de que sua prova houvesse de ser produzida por ele próprio consumidor -; lado outro, é certo que apenas o banco fornecedor tem conhecimento sobre todas as condições contratuais ajustadas, sobre a forma como são aplicadas as taxas e os índices por ele estabelecidos e sobre os demais aspectos técnicos que naturalmente envolvem as contratações bancárias.

Assim, presente um dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, quais sejam, hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações - é imperativa a inversão, com o que é transferido ao fornecedor o dever de provar que o adimplemento contratual não se mostra excessivamente oneroso ao consumidor e que as condições contratuais por ele estabelecidas não ocasionam desequilíbrio, isentando-se assim de proceder à modificação ou à revisão das cláusulas contratuais primeiramente ajustadas.

7.4.1 A possibilidade da inversão do ônus da prova

A principal função do instituto da inversão do ônus da prova previsto no CDC é a procura da efetividade da justiça por meio da intervenção do Estado no flagrante desequilíbrio existente entre as partes, consumidor e fornecedor, proporcionando-lhes igualdade de condições em juízo. Com este intuito o artigo 6º, inciso VIII, do CDC prevê como direito básico dos consumidores, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

De acordo com o dispositivo legal mencionado, para que o juiz conceda inversão do ônus da prova é necessária a presença de qualquer dos requisitos enumerados, quais sejam, hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações. A partícula “ou” deixa claro que não é imperiosa a presença de ambos os requisitos, mas somente a de um deles. Para que haja verossimilhança nas alegações, é preciso que os fatos aduzidos pelo consumidor estejam carregados de carga considerável de probabilidade de direito a seu favor:

(...) quem buscar, pela primeira vez, o sentido dessa expressão - verossimilhança - formará sobre ela um juízo equivalente ao de ‘aparência de verdade’, e não deixará de estar certo, porque, no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil (do latim *verosimile*), que significa semelhante à verdade; que tem a aparência de verdade; que não repugna à verdade; ou ‘provável’.¹¹⁴

¹¹⁴ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de Processo Civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p.102.

Assim, os elementos probatórios devem apresentar-se ao magistrado não sob a forma de prova concreta, mas de mera probabilidade, de tal modo que se lhe afigure provavelmente verdadeira a alegação do consumidor. A verossimilhança o juiz extrairá dos indícios, fatos alegados e provados, no processo, dos quais se possa deduzir, com base no que ordinariamente acontece, a ocorrência de outro fato, este sim não provado.

Percebe-se então que o conceito de verossimilhança, um dos requisitos suficiente isoladamente para averiguação da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, entremeia-se aos conceitos de aparência de verdade e probabilidade. E a simples confirmação de serem as alegações verossímeis denota a possibilidade da concessão de tal benefício em favor do consumidor, em virtude de as normas de natureza cogente do CDC dispensarem análise cognitiva por parte do magistrado em relação ao conteúdo probatório.

Já quanto ao requisito da hipossuficiência, cabe esclarecer, inicialmente, que no entendimento de José Geraldo Brito Filomeno, trata-se de termo empregado no Direito do Trabalho com a conotação de pobreza econômica ou falta de meio para acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em determinado conflito de consumo.¹¹⁵

Já para Luiz Antonio Rizzatto Nunes, para fins de inversão do ônus da prova, hipossuficiência não significa inferioridade econômica, mas técnica. De acordo com o autor, esse termo no texto do artigo 6º, inciso VIII, do CDC:

tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.¹¹⁶

Muito já se discutiu quanto ao momento processual oportuno para que o magistrado determine a inversão do ônus da prova, não havendo nenhuma manifestação do legislador no CDC, expressa ou tácita, acerca do tema. Contudo, a doutrina tem entendido conveniente que a inversão se dê tão logo o magistrado se convença, e se manifeste, sobre a presença de um dos requisitos autorizadores – verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor -, o que pode ser feito já com a análise da petição inicial e da peça contestatória.

Nos casos em que o magistrado determinar a inversão do ônus da prova e não impuser ao fornecedor o dever de pagar por ela, poderá ser o próprio fornecedor o maior prejudicado.

¹¹⁵ FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P. 156

¹¹⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 740.

Isso porque, com a inversão do ônus, caberá a ele produzir provas visando à comprovação da inexistência de ameaça ou violação aos direitos do consumidor tutelados pelo ordenamento jurídico. Invertendo o magistrado o ônus da prova, mas, em contrapartida, atribuindo ao consumidor a obrigação de custeá-la, não realizando este o pagamento das custas periciais, a prova deixará de ser produzida. Neste caso, o fornecedor, a que incumbia o ônus da prova, terá inadimplido seu dever processual e assim aceitado tacitamente por verdadeiras todas as alegações do consumidor sobre as quais não fora produzida prova em sentido contrário.

8 O CONSUMIDOR EM JUÍZO PELO CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

8.1 Formas de controle

Com a constante aplicação das regras e princípios previstos no CDC (que já remontam a quase vinte anos de vigência), estas têm sido cada vez mais compreendidas e aplicadas pelos operadores do direito, que assim têm condições de proteger os interesses dos contratantes, em especial dos consumidores.

Sua aplicação nas relações bancárias não tem sido diferente. A proteção ditada ao consumidor cresce e se consolida à medida que se descortinam ilegalidades traduzidas em cláusulas abusivas, onerosas, que acarretam lesão ao consumidor nas relações bancárias. Com base nos incisos do art. 51 do CDC, nas portarias editadas pela Secretaria de Direito Econômico (vinculada ao Ministério da Justiça) ou mesmo na análise do caso concreto for identificado abuso a macular a condição contratual ajustada, ela é excluída do contrato bancário, dando vez à renegociação e à readequação do conteúdo geral do pacto para o restabelecimento da igualdade negocial.

A alteração de contratos já aperfeiçoados através da revisão contratual - de que fazem uso os consumidores vítimas de excessiva onerosidade - tem sido o principal instrumento de restabelecimento da equidade contratual e de consecução do ideal de justiça nas relações jurídicas de natureza bancária. Entretanto, revisão contratual não é a única alternativa possível

para controle jurídico da onerosidade dos contratos bancários e para limitar a imposição de cláusulas contratuais consideradas abusivas pelas instituições financeiras.

O artigo 6º, inciso VII, do CDC, estabelece ser direito básico dos consumidores “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”. Percebe-se assim que não só a via judicial, por meio da qual se opera a revisão contratual, mas também a via administrativa constitui importante fator no controle das cláusulas contratuais ensejadoras da onerosidade excessiva, mormente no que diz respeito a contratos bancários.

Apesar do foco deste trabalho ser o controle judiciário, não podemos nos furtar a apresentar também formas de controle administrativo, já que previsto na legislação.

8.2 Controle administrativo

O capítulo VII do Título I do CDC trata das sanções administrativas e assim estabelece o artigo 55, parágrafo 1º:

a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

Ainda de acordo com os termos do parágrafo 4º do artigo 55 do CDC:

“os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial”.

Percebemos assim que as operações de produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços também estão sujeitas a sanções administrativas, tais como multa, suspensão temporária de atividade e intervenção administrativa, aplicáveis cumulativamente, sem prejuízo daquelas de natureza civil e penal e das definidas em normas específicas, como dispõe o artigo 56 do CDC e seu parágrafo único. Segundo Antônio Carlos Efig:

(...) apesar de o Código de Defesa do Consumidor ser bem claro quanto à repressão das práticas abusivas mais frequentemente detectadas nas relações

bancárias de consumo, o Decreto 2.181/97 estabeleceu as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078/90¹¹⁷

De acordo com o artigo 22 do Decreto 2.181/97, será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que se utilizar de cláusula abusiva, inclusive nas operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento, e especialmente quando, por exemplo, estabelecer obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (inciso IV); quando fizer uso de cláusulas que permitam direta ou indiretamente ao fornecedor variação unilateral do preço, dos juros, dos encargos contratuais, da forma de pagamento ou da atualização monetária (inciso IX) ou de cláusulas que onerem excessivamente o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares à espécie (inciso XVI).¹¹⁸

No que diz respeito aos contratos de adesão, como os contratos bancários, o Decreto 2.181/97, em seu artigo 22, inciso XXII, veda a redação de tais instrumentos contratuais que não atenda a certos requisitos, como “termos claros, caracteres ostensivos e legíveis, que permitam sua mediata e fácil compreensão, destacando-se as cláusulas que impliquem obrigação ou limitação dos direitos contratuais do consumidor, inclusive coma utilização de tipos de letra e cores diferenciados, entre outros recursos gráficos e visuais (também previstos no art. 51 do CDC).

Tal dispositivo respeita o princípio da informação, porquanto estabelece, tacitamente, que o consumidor deverá compreender integralmente o conteúdo do contrato bancário pactuado, para que possa ter ciência de todas as condições, benefícios e riscos contratuais aos quais está se obrigando.

O controle administrativo pode ainda ser feito pelo Ministério Público, pela instauração de inquérito civil (nos termos do artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei n.º 7.347/85, aplicável às ações fundadas no CDC por incidência do seu art. 90) ou mediante providências no âmbito da administração pública relativamente às atividades por ela fiscalizadas ou controladas.¹¹⁹

¹¹⁷ EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 254.

¹¹⁸ Tais infrações já se encontravam previstas no artigo 51 do CDC sendo apenas disciplinadas pelo Decreto 2.181/97 quanto às sanções cabíveis à utilização de referidas condições abusivas.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 532.

8.2.1 Legitimidade do Ministério Público na defesa do consumidor

O artigo 129, III da Constituição Federal confere legitimidade ao Ministério Público para "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Assim, o Estado delega ao Ministério Público o dever-poder para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Entretanto, a Constituição Federal não trata expressamente da legitimação do órgão ministerial para defesa dos interesses individuais homogêneos. Tal legitimação ocorreu na Lei 8.078/90 (CDC) onde pretendeu o legislador registrar as tarefas atribuíveis ao Ministério Público na defesa dos consumidores, especialmente no tocante ao controle das cláusulas contratuais gerais consignadas nos contratos de adesão, em atenção à competência constitucional do *parquet* para defender os interesses sociais e individuais indisponíveis e também a ordem jurídica, aqui compreendido o sistema de proteção e defesa do consumidor.

Apesar de o parágrafo 3º do artigo 51 juntamente com o parágrafo 5º do artigo 54 do CDC, que atribuiriam ao Ministério Público o controle administrativo prévio de cláusulas abusivas, terem sido vetados, como também o foi o parágrafo único do seu artigo 83, que permitiria o ajuizamento de ação visando ao controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais – não apenas pelo Ministério Público, mas também pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; pelas entidades e órgãos da Administração Pública, pelas associações especificamente destinadas à defesa dos interesses e direitos dos consumidores -, e de tais vetos transmitirem uma primeira impressão de que igualmente a possibilidade de controle prévio e abstrato de cláusulas abusivas teria sido vetada, tal controle ainda é possível.¹²⁰

Seja de forma abstrata ou concreta, o controle administrativo de cláusulas nos contratos bancários de consumo será realizado através de inquérito civil.

Assim, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil para averiguar a legalidade da cláusula contratual presente em contrato bancário de adesão. Se ao final do processo verificar que a cláusula contratual objeto de investigação é de fato abusiva e, portanto nula de pleno direito, poderá então ajuizar ação civil pública nos termos da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), objetivando o controle judicial do contrato e a exclusão da cláusula abusiva do formulário-padrão ofertado ao consumidor.

¹²⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 147.

8.2.2 Atuação do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional

Cabe ainda analisar uma segunda forma de controle administrativo: aquela decorrente da faculdade que tem a administração pública de, por meio de decretos, portarias e outros atos administrativos, fiscalizar e regulamentar padrões de conduta a que estão sujeitos todos aqueles que exerçam atividade controlada e fiscalizada pelo Poder Público.¹²¹

O Banco Central do Brasil (BACEN), enquanto entidade da administração pública indireta fiscaliza e regulamenta as atividades desenvolvidas pelos administrados na prestação de serviços controlados e fiscalizados pelo Poder Público, aqui abrangidos os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitários. Portanto, no que concerne ao dever dos órgãos administrativos de apurar reclamações e aplicar as respectivas sanções legalmente previstas, observa-se a possibilidade de o consumidor (pessoa física ou jurídica) de serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários recorrer a este órgão que, como visto, detém competência e dever legal para desenvolver tal mister.

O Banco Central do Brasil é autarquia federal criada pela Lei n.º 4.595/64, cujo artigo 1º estabelece que o Sistema Financeiro Nacional é composto, dentre outros, pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pelas instituições financeiras públicas e privadas. Compete privativamente ao Banco Central, “exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas”.¹²²

O surgimento do Código de Defesa do Consumidor tornou ainda mais relevante a atuação do Banco Central em relação à fiscalização da atividade desenvolvida pelas instituições financeiras e controle de cláusulas contratuais:

Com a criação do sistema legal de proteção e defesa do consumidor, tal dever não foi reduzido. Ao contrário, houve, sim, a ampliação do rol de sanções administrativas aplicáveis aos prestadores de serviços bancários e financeiros e a normatização dos procedimentos necessários ao resguardo das garantias constitucionais. Ademais, a criação de órgãos específicos de defesa do consumidor não exclui a competência do Banco Central, que tem competência

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 534.

¹²² Em 2001, o Banco Central do Brasil editou a Resolução 2878 (através da Resolução 2892), conhecida como Código do Consumidor Bancário, que estabeleceu, por meio de normas bastante semelhantes às do CDC, procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.

vinculada, descabendo a tomada de decisões discricionárias, quanto à instauração e prosseguimento de processo administrativo até final decisão.¹²³

Concluimos então que também é competência do Banco Central do Brasil exercer o controle e a fiscalização das instituições financeiras e dos serviços por elas ofertados, apurando reclamações e aplicando as sanções administrativas cabíveis previstas pelo sistema de proteção e defesa dos consumidores, especialmente as dispostas no artigo 55 do CDC e no artigo 22 do Decreto 2.181/97.

Quanto ao regimento interno do Sistema Financeiro Nacional, compete ao Banco Central cumprir as prescrições legais e normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional no que diz respeito à política financeira.¹²⁴

O Conselho Monetário Nacional, também criado pela Lei n.º 4.595/64, tem por principal atribuição formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País (artigo 2º). É de sua competência privada, dentre outras funções, disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas (artigo 4º, inciso VI), bem como limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros (artigo 4º, inciso IX).

Concluimos então que a fiscalização das instituições financeiras pelas autoridades monetárias é possível e será tão eficaz quanto mais bem estruturado e autônomo for aquele órgão. O controle das práticas contratuais por elas adotadas constitui atividades fundamentais ao bom e regular desenvolvimento das relações jurídicas de consumo.

8.3 Controle judicial

Nem sempre o restabelecimento do equilíbrio contratual é conseguido pela via administrativa. Aliás, grande parte das questões que são realmente importantes e que geram maiores reflexos para o consumidor e para a economia em geral, tem a interferência do Poder Judiciário.

¹²³ EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. P. 255.

¹²⁴ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 44

Há inúmeras medidas judiciais (além da já citada ação civil pública) aptas a restabelecer o equilíbrio dos contratos bancários. Como dispõe o artigo 83 do CDC, “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Além de várias possibilidades judiciais há ainda institutos que muito favorecem o controle judicial de cláusulas contratuais, como a inversão do ônus da prova, a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da coisa julgada, todas com previsão no Código de Defesa do Consumidor.

8.3.1 Ações individuais

O caput do artigo 81 do CDC confere legitimidade para a defesa de direitos ao consumidor de forma individual ou a título coletivo. Assim, sempre que surgir a necessidade de defesa em juízo de direitos do consumidor sobre a contratação bancária poderá por si ou por quem o possa representar de modo individual ou coletivo, buscar medida judicial adequada e conveniente, de natureza preventiva ou satisfativa, conforme a diligência específica para cada procedimento.¹²⁵

De forma individual, pode o consumidor mover qualquer ação prevista no ordenamento jurídico para prevenir ou reparar lesão a direito seu garantido pelo CDC - vale dizer, direito individual não homogêneo, direito individual puro, em sentido estrito.¹²⁶

Por desconhecer a possibilidade de demandas coletivas, na maioria das vezes o consumidor que se sente lesado opta pela lide individual quando pretende a revisão ou modificação de contrato bancário.

E este caminho muitas vezes é trilhado pelo amplo conhecimento e facilidade de acesso fornecido pelos Juizados Especiais Cíveis, criados pela lei 9.099/95, onde a depender do valor atribuído à causa, torna-se desnecessária até mesmo representação por advogado. Por atenderem apenas a causas de menor complexidade e atuarem com mais celeridade na solução das demandas, os Juizados Especiais mostram-se mais acessíveis aos consumidores em geral.

Para Kazuo Watanabe:

¹²⁵ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 488.

¹²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 534

Teve o legislador a nítida noção da elevada importância da solução dos conflitos individuais, que no dia-a-dia das relações de consumo constituirão, certamente, a maioria, tanto que deixou sublinhada, no art. 5º, n.º IV, do Código, a relevância da criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas (hoje, Juizados Especiais de Causas Cíveis de Menor Complexidade) como um dos instrumentos de execução da Política Nacional das Relações de Consumo. Às demandas individuais, expressamente mencionadas no caput do art. 81, se aplicam as disposições do Código de Processo Civil (art. 90), além das normas especiais contidas no Código, de sorte que a seu respeito não se impunha uma disciplina mais pormenorizada.¹²⁷

Podem assim os consumidores exercer seus direitos conforme estabelecido no artigo 6º do CDC, podendo discutir questões como a abusividade da taxa de juros praticada pela instituição financeira, a ilegalidade da capitalização mensal de juros – freqüentemente utilizada pelos bancos, apesar de ilegal -, a cumulação desmedida de encargos contratuais, a aplicação de encargos não previstos contratualmente, modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas e quaisquer outras condições que tornem desproporcional ou excessivamente onerosa a prestação assumida.

8.3.2 Ações Coletivas

Percebeu o legislador que, na solução dos conflitos que têm sua origem nas relações geradas pela economia de massa, essencialmente de natureza coletiva, o processo também deve operar como instrumento de mediação de conflitos e não apenas como instrumento de solução de lides¹²⁸. Talvez por este motivo o CDC tenha disciplinado mais pormenorizadamente as demandas coletivas ali previstas, em defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

De acordo com o artigo 81 do CDC, as ações visando à tutela coletiva dos consumidores prestam-se à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Têm legitimidade concorrentemente o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.

¹²⁷ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 797-798.

¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P. 787

O procedimento e requisitos relativos às ações coletivas seguem a norma do Código de Processo Civil sendo, portanto de caráter geral. Assim haverá sua aplicação desde que o CDC não imponha regra ou procedimento específico.

Importante ainda mencionar a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), que se destina à responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico. Sua competência foi ampliada pelo CDC, incorporando ao sistema de defesa do consumidor as possibilidades da Ação Civil Pública, como expresso no artigo 90 do CDC, segundo o qual se aplicam às ações coletivas as normas do CC e da Lei n.º 7.347/85, inclusive no tocante ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

As vantagens do uso da ação coletiva são óbvias, eis que a decisão produzida pode vedar, por exemplo, a utilização de determinadas cláusulas consideradas abusivas em um contrato de massa com todos os consumidores, situação que não ocorre em termos de tutela individual, em que somente se beneficia o autor da demanda.

Nas palavras de Nelson Nery Junior,

A cláusula declarada judicialmente como abusiva não estará mais conforme o Direito. Essa decisão terá eficácia erga omnes ou ultra partes, no caso de haver sido pedido o controle judicial abstrato, cujo objetivo seja a proteção dos direitos difusos ou coletivos do consumidor (art. 103, CDC). Isso significa, em última análise, que a sentença que reconhece como abusiva determinada cláusula funciona na prática como decisão normativa, atingindo o estipulante em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos futuros com a cláusula declarada abusiva judicialmente. Do contrário, não teria nenhum sentido a tutela contratual coletiva ou difusa do consumidor.¹²⁹

Como os contratos bancários têm natureza quase que exclusiva de contrato de adesão, decisões proferidas em ações coletivas visando ao controle de cláusulas contratuais dão proteção integral aos consumidores não só por possibilitar que seus efeitos alcancem consumidores que não demandaram em juízo, mas também ao impedir que estes venham a tornar-se vítimas de cláusulas abusivas. Além do mais, seu reflexo gera ainda o efeito de impedir que milhares de ações individuais venham a ser propostas, ajudando assim a aliviar nosso asoberbado sistema judiciário.

È importante que o consumidor, sempre que optar pela contratação de serviços bancários, analise as práticas corriqueiramente adotadas no mercado pela instituição financeira por ele escolhida, o volume de demandas contra ela ajuizadas e os índices de satisfação dos consumidores com os serviços por ela prestados.

¹²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P. 788.

8.3.3 – A súmula 286 do STJ: possibilidade de revisão de contratos objeto de novação.

A novação, prevista nos artigos 360 a 367 do CC pode ser conceituada como operação jurídica por meio da qual uma obrigação nova substitui a obrigação originária. O credor e o devedor, ou apenas o credor, dão por extinta a obrigação e criam outra. A existência dessa nova obrigação é condição de extinção da anterior¹³⁰.

Podem as partes convencionar o que será extinto, desde que isso não contrarie a ordem pública, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

Como sabido, a novação não produz, como ocorre no pagamento direto, a satisfação imediata do crédito. Por envolver mais de um ato de vontade, constitui negócio jurídico e forma de pagamento indireto.

São elementos essenciais da novação a existência de obrigação anterior – obrigação antiga – e de uma nova obrigação, ambas válidas e lícitas, bem como a intenção de novar – *animus novandi* –. Prevê o art. 361 do CC que o ânimo de novar pode ser expresso ou tácito, mas sempre inequívoco. Não havendo tal elemento imaterial ou subjetivo, a segunda obrigação simplesmente confirma a primeira.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência sempre apontaram que a novação liquidava totalmente a obrigação anterior, que não poderia ser restabelecida. Este seria, na verdade, o principal efeito da novatio, que a diferenciava de institutos jurídicos como sub-rogação e dação em pagamento.

Porém, o STJ tem analisado ultimamente a novação com vistas ao princípio da função social dos contratos e das obrigações, revolucionando a própria concepção do instituto. Isso pode ser evidenciado pelo teor da Súmula 286 daquele Tribunal, que tem a seguinte redação: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

O efeito social é evidente, uma vez que se quebra com a tradicional regra pela qual ocorrida a novação não é mais possível discutir a obrigação anterior. Sendo flagrante o abuso de direito cometido pela parte negocial e estando presente a onerosidade excessiva por cobrança de juros abusivos nas obrigações anteriores, será possível a discussão judicial dos contratos novados.

¹³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, vol. 2 7ª Ed, 2007. Pag. 244

Para esclarecer a questão transcrevemos uma das ementas de julgado que gerou a edição do entendimento sumular no ano de 2004, em que se faz menção expressa ao instituto da novação:

“NEGÓCIOS BANCÁRIOS. REVISÃO. Na ação revisional de negócios bancários, pode-se discutir a respeito de contratos anteriores, que tenham sido objeto de novação. Recurso especial não conhecido” (STJ, RESP 332832 / RS ; RECURSO ESPECIAL, 2001/0086405-2. Relator: Ministro Asfor Rocha, Segunda seção de Direito Privado, Data do Julgamento: 28/05/2003. Data da Publicação e Fonte: DJ 23/02/20003).

Além da concordância com o julgado acima, entendemos que nasce um novo entendimento jurisprudencial quanto à matéria, quebrando velhos paradigmas, em prol dos princípios do Direito Civil Constitucional, particularmente o da construção de sociedade livre, justa e solidária prevista no art. 3º inciso I da CR/88.

A súmula tem claro objetivo: evitar o enriquecimento sem causa, a lesão e a desproporção negocial. Recordamos que muitas vezes as negociações contratuais são impostas unilateralmente por aquele que se encontra em posição privilegiada. A presente Súmula representa quebra de paradigma na busca pela coerência normativa e equilíbrio das relações contratuais.

9 O ABUSO DO DIREITO NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS

Com o crescimento das relações contratuais cresce também o número de interesses que se chocam e se contradizem, o que também explica o aumento exponencial de processos judiciais que visam dirimir tais conflitos. A inevitabilidade de tais conflitos é a razão de ser dos preceitos normativos da conduta humana.

Referidas normas de conduta, consideradas de direito material, quando não observadas geram inevitável conflito de interesses, dando origem a processo judicial que, segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira “não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania”¹³¹.

As transformações pelas quais passou a sociedade determinaram modificações nas condutas, o que resultou em novos princípios que não mais toleram o direito como exercício egoístico, mas sim pautado por uma solidariedade humana, sendo necessário impor-se ao errado exercício do direito, por meio de restrições éticas e morais.

Assim, o fato de alguém de intitular amparado por um direito positivado, não o dispensa de uma vontade honesta; a consciência moral não pode ser posta à margem, já que há deveres em relação a outrem que nenhum direito permite violar. Se o direito é o justo poder de agir, observando na ação os direitos fixados na lei, nossa ação deve ser dentro da finalidade do próprio direito conferido, da sua destinação econômica e social.

Aquele que age obedecendo apenas os limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, produzindo desequilíbrio entre o interesse individual e coletivo, abusa de seu direito. Portanto, o conceito de abuso de direito está ligado à relatividade dos direitos subjetivos. O poder conferido ao titular de um direito é limitado a princípios sociais econômicos e éticos, sendo ilícita a conduta que extrapola tais princípios.

¹³¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Prosseguimento da Reforma Processual*. Revista de Processo. São Paulo 1999. Pag. 11.

Com base nestes princípios, reconhece-se o fato de que alguém estar exercendo um direito amparado na lei não impede que seu proceder seja não só contrário à moral e aos princípios gerais do direito, mas inclusive contrário ao próprio ordenamento jurídico enquanto sistema.

Para Caio Mário da Silva Pereira¹³²,

Abusa, pois de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.

Mister ressaltar que o abuso de direito não se baseia na violação simples de um direito de outrem, ou da ofensa a um preceito de um interesse alheio, mas reflete o exercício do direito de forma anormal.

No entender de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem”¹³³.

9.1 Abuso do Direito no Código Civil

A leitura do artigo 187 do Código Civil de 2002 nos possibilita uma interpretação objetiva da real intenção da norma prevista pelo legislador.

O primeiro conceito diz respeito à “boa-fé”, já estudada neste trabalho. Apenas relembremos que a concretização e aplicação do conceito de boa-fé é difícil e depende do caso concreto. Observar atitudes de comportamento honesto, correto e leal – como exige a boa-fé objetiva – deve ser feito no caso concreto, tendo a jurisprudência o relevante papel de orientar e facilitar a aplicação da cláusula geral da boa-fé.

O conceito de “bons costumes” está intimamente ligado a uma das mais antigas fontes do direito: o costume. Para Paulo Nader o direito costumeiro pode ser definido como “um

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense. Vol. 1. 1996. Pág. 430.

¹³³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso do Direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas pelo Estado”¹³⁴.

Seus elementos constitutivos são a prática por longo tempo, de forma constante e geral, aplicada a todos os casos compreendidos em determinada espécie, bem como a convicção de que ele é obrigatório, ou seja, constitui regra ou preceito correspondente a uma necessidade jurídica¹³⁵.

É norma jurídica cuja característica principal é ser criada espontaneamente pela consciência comum de determinado povo, mas não promulgada pelo poder público.

O último conceito trazido pelo art. 187 do CC é o de “fim econômico ou social”, onde tais aspectos são elevados a direitos fundamentais:

Os direitos econômicos e sociais foram acrescidos às liberdades públicas, afirmando alguns autores tratar-se da segunda geração de direitos fundamentais. A idéia central deste novo elenco de direitos fundamentais é propiciar condições materiais mínimas de existência que permitam ao indivíduo usufruir das demais liberdades.¹³⁶

Eduardo Goulart Pimenta faz ainda outras considerações:

A igualdade formal de todos perante a Lei (...) é nitidamente insuficiente à realização humana se não for acompanhada por um conjunto de bens e serviços que, colocados à sua disposição, permitam uma existência digna no sentido mais amplo e correto do termo.

O Direito tem, hoje, outro elemento com que se preocupar ao disciplinar juridicamente as relações sociais: permitir aos indivíduos o acesso aos bens materiais necessários ao seu pleno desenvolvimento físico, cultural e espiritual. Assim, a geração e a distribuição da riqueza entre os integrantes de uma sociedade não é – e nem pode ser – estranha ao Direito.¹³⁷

Percebe-se então que os direitos econômicos constituem pressuposto para a existência de direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada pela intervenção estatal, não há como garantir de forma eficaz os direitos fundamentais expressos na Constituição da República.

¹³⁴ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Pag. 181.

¹³⁵ LAUNTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007. Pag. 88.

¹³⁶ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Pag. 20.

¹³⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomsom, 2006. Pag. 24.

9.2 Disposições processuais sobre Abuso de Direito

Os artigos 14 e 600 do Código de Processo Civil deixam clara a intenção do legislador em primar pela lealdade processual. Assim está redigido o art. 14 do CPC:

São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Assim o legislador determinou o comportamento das partes no desenvolvimento regular do processo. Trata-se de regra geral de conduta imposta aos litigantes, que tem o dever de utilizar dos mecanismos processuais nos estreitos limites de seus direitos, sob pena de comprometimento do resultado.

E quando o cerne da disputa processual se refere a discussão de contratos bancários, não é novidade a atitude procrastinatória das instituições financeiras. Atuam de forma a protelar o quanto for possível a decisão final, com inúmeros recursos e manobras processuais com dois objetivos bem claros: primeiramente que, quanto mais demorar a decisão que altere cláusulas e porventura condene a instituição a devolver valores em dinheiro, a correção judicial é muitas vezes inferior ao valor auferido por aquela no mercado financeiro; em segundo lugar, cria uma referência para o consumidor de que demandas contra instituições financeiras são de difícil, desgastante e longa duração, visando desestimular o consumidor a travar batalhas judiciais para o reequilíbrio da relação contratual.

Ainda os artigos 16 e 17 tratam daquele litigante que age de má-fé durante a marcha processual. O conceito de má-fé abrange todos os atos ilícitos ou abusivos, sendo, portanto, a má-fé o gênero e os tipos de comportamento processual as espécies.

Há também os atos que atentam contra o bom andamento do processo, previstos no art. 600 do CPC:

Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que:

I – fraude a execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – resiste injustificadamente às ordens judiciais ;

IV – intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Percebe-se claramente a preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional, declarando expressamente a ofensa à dignidade da justiça os atos elencados no citado artigo. Assim como no artigo 14, entende-se

A intenção do legislador em eliminar o comportamento desleal e ofensivo à dignidade da justiça, prestigiando a efetividade das decisões judiciais é indispensável como paradigma de um Estado Democrático. O não cumprimento de uma ordem judicial caracteriza ofensa direta ao poder jurisdicional.

Claro que as hipóteses de abuso do direito identificadas nos artigos 14, 17, 600 e demais disposições não é taxativa. É possível vislumbrar a ocorrência de má-fé fora do rol exposto. Tal possibilidade abre espaço para se fazer interpretação do inciso II do artigo 14 do CPC, tratando-o como norma geral de conduta. Aplica-se o princípio da boa-fé exatamente na sua função mais primordial: de harmonizar o sistema positivista fechado com as vicissitudes das relações contratuais modernas, que nem sempre se encaixam nos textos da lei.

10 A ATUAL CRISE FINANCEIRA MUNDIAL COMO REFLEXO DA CONCESSÃO IRRESPONSÁVEL DO CRÉDITO

Nenhum fato poderia ilustrar melhor a importância deste trabalho do que a atual crise mundial de crédito que vemos se desenvolver neste momento.

Passamos atualmente por um momento econômico histórico. A crise no mercado imobiliário norte-americano se alastrou e transformou-se em uma crise mundial de crédito.

Após a crise ocorrida em meados de 2001 com as empresas “pontocom”¹³⁸, o Banco Central Americano (Federal Reserve) passou a reduzir as taxas de juros para diminuir os custos com empréstimos e financiamentos, estimulando a população a voltar a consumir.

A estratégia deu certo e aqueceu o setor de imóveis. Muitas pessoas começaram a comprar estes bens e os preços começaram a subir. Viraram então investimento: compra-se barato hoje para, num futuro, revender por um preço maior e lucrar com a diferença, ou simplesmente ter a garantia de um investimento valorizado¹³⁹.

Com a facilidade do financiamento, cresceram os contratos garantidos por hipoteca. Empresas se especializaram neste tipo de negócio e começaram a fornecer crédito de forma indiscriminada. Começaram a fornecer crédito para uma classe da população que não tinha a menor possibilidade de adquirir tal montante, fornecendo crédito até a “mau-pagadores” e mesmo de inadimplentes, a chamada “subprime”¹⁴⁰. Neste caso o juro pelo risco é maior, o que garante maiores lucros para a empresa que empresta o dinheiro (para se ter idéia, Fannie Mae e Freddie Mac - duas grandes empresas hipotecárias- detinham quase metade dos US\$12 trilhões em hipotecas dos EUA).

¹³⁸ Crise ocorrida em 2001 com a supervalorização de empresas virtuais, da internet. Percebeu-se uma supervalorização de tais empresas que, de repente se desvalorizaram rapidamente. Apesar de ter sido muito noticiada, foi uma crise setorial e limitada ao setor de internet nos Estados Unidos. (Disponível em http://idgnow.uol.com.br/computacao_corporativa, acessado em 06. Dez. 2008).

¹³⁹ Disponível em <<http://www.umavisaodomundo.com/2008/10/entenda-crise-economia-eua.html>> acessado em 06 Dez. 2008.

¹⁴⁰ O cliente "subprime" é um cliente de renda muito baixa, por vezes com histórico de inadimplência e com dificuldade de comprovar renda.

Buscando sempre rendimentos maiores, gestores de fundos e bancos compravam esses títulos "subprime" das instituições que fizeram o primeiro empréstimo e permitiam que uma nova quantia em dinheiro fosse emprestada, antes mesmo de o primeiro empréstimo ser pago.

Após atingir um pico no ano de 2006, os preços dos imóveis passaram a cair: os juros do FED (Federal Reserve), que vinham subindo desde 2004, encareceram o crédito e afastaram compradores; com isso, a oferta começou a superar a demanda e desde então o que se viu foi uma espiral descendente no valor dos imóveis.

Com os juros altos, o resultado é certo: as pessoas começaram a parar de pagar as hipotecas e a inadimplência aumentou e o temor de novos calotes fez o crédito sofrer uma desaceleração expressiva no país como um todo.

Diante do cenário de inadimplência nas hipotecas "subprime", os bancos não queriam mais emprestar dinheiro entre si, pois um não sabia se o outro estava lastreado sobre o pagamento daquelas hipotecas que não seriam pagas, ou seja, podres. Com isso, o valor dos títulos lastreados em hipotecas despencou e o juro no empréstimo interbancário aumentou.

Deu-se então a chamada "crise de confiança", ou seja, com medo de que o banco tomador do empréstimo não possa pagar, os bancos param de emprestar dinheiro entre si, desaquecendo a maior economia do planeta. Com menos liquidez (dinheiro disponível), menos se compra, menos as empresas lucram e menos pessoas são contratadas.

Como as pessoas e empresas precisam retirar dinheiro do banco para consumir, investir, ou pagar suas contas, por exemplo, os próprios bancos precisam financiar ou rolar dívidas deles próprios, contraídas em operações cotidianas. Então os bancos, muitas vezes, sem ter dinheiro próprio suficiente, precisam de crédito para cobrir temporariamente esta despesa. Com a restrição do crédito provocada pela alta dos juros, os bancos não conseguem garantir que haverá dinheiro para as pessoas retirarem e nem para pagar suas dívidas. Neste momento surge o fantasma da insolvência, que pode levar a instituição financeira à falência.

E quando há decretação de falência de uma instituição financeira, o prejuízo é enorme, pois as pessoas e empresas que tinham valores lá depositados ficam sem seu dinheiro. E sem dinheiro não podem honrar suas dívidas nem consumir, o que aumenta os reflexos da quebra do banco.

Cria-se uma cadeia de desconfiança entre todos aqueles que compraram títulos lastreados em hipotecas, fazendo com que o crédito seja mais caro e com maiores restrições para seu fornecimento.

Com crédito restrito, as empresas não conseguem vender seus produtos por um bom preço, não cobrem suas dívidas e demitem funcionários. Menos dinheiro circulando, mais

desemprego, menos consumo. E assim temos um ciclo infinito de mais desemprego e menos consumo gerando a chamada recessão.

Como já exposto neste trabalho, o crédito é fundamental para a sustentação do mundo capitalista. A escassez do mesmo faz as engrenagens emperrarem. Como a desconfiança é generalizada pelo mundo, todo o sistema capitalista sofre algum tipo de perda, podendo entrar em recessão junto com os Estados Unidos.

A concessão de crédito de forma irresponsável pelos norte-americanos poderá gerar graves prejuízos em todo o mundo. Identificada a causa da onda de restrição ao crédito os governos começam a adotar medidas para minorar suas conseqüências.

Segundo o professor Fernando de Holanda Barbosa¹⁴¹, a política do governo norte-americano para debelar a crise financeira pode ser dividida em três partes:

A primeira consiste na intervenção em instituições financeiras que estão com dificuldades de solvabilidade (...). A segunda, é feita pelo FED que criou várias linhas de crédito para dar liquidez ao sistema financeiro. A terceira parte é a proposta que depende de aprovação do congresso, o plano Paulson¹⁴² (...).

Segundo Barbosa, o objetivo destas medidas é fazer com que o mercado de crédito americano volte a funcionar e que a crise não se alastre por toda a economia. Acredita o autor que sai mais barato resgatar os bancos do que deixá-los à própria sorte.

A aprovação do pacote de ajuda pelo congresso americano não produziu o efeito esperado, que seria de restaurar a confiança nos fundamentos da economia americana de imediato. Porém, deu grande alívio às instituições financeiras para uma tentativa de reorganização de suas finanças.

A principal conseqüência da crise, para a economia mundial, será uma desaceleração em função do menor crescimento dos Estados Unidos e da Europa.

¹⁴¹ BARBOSA, Fernando de Holanda. *A crise financeira de 2007/2008 (?)* Revista Conjuntura Econômica vol. 62. N.º10 outubro/2008. P. 10.

¹⁴² O chamado plano Paulson foi aprovado em 02 de outubro de 2008 e prevê a injeção de 700 bilhões de dólares na economia americana para salvar os bancos com problemas de crédito. Até o dia 18 de novembro já haviam sido disponibilizados pelo Tesouro o valor de 290 bilhões de dólares. (Folha de São Paulo on line, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0612200808.htm>>. Acessado em 06 Dez. 2008).

10.1 A crise e seus reflexos no Brasil

No Brasil, o principal impacto tem sido a brusca redução na oferta de crédito internacional. Nosso Banco Central tem adotado medidas importantes como a concessão de liquidez na demanda por dólares e a redução do depósito compulsório – o que libera mais dinheiro para os bancos atenderem a demanda de empréstimos.

Apesar de o cenário econômico futuro não estar muito claro, segundo os especialistas em economia o crescimento brasileiro em 2009 será menor, devido à menor liquidez. Importante lembrarmos que os bancos do Brasil praticamente não investiram em títulos imobiliários americanos, o que lhes dá uma maior solidez, já que não sofrem impactos diretos da crise.

Outra questão particular de nossa economia é a margem para se trabalhar e estimular a economia interna. Com taxa real de juros na faixa de 9%, em caso de desaceleração da atividade o Brasil tem amplo espaço para estimular a demanda através da política monetária. Por mais absurdo que pareça, a elevada taxa de juro real é um trunfo brasileiro, significando ampla margem para administrar a demanda a curto e médio prazo¹⁴³.

Por outro lado, o aumento no emprego, a expansão da renda e o crescimento da demanda agregada fazem com que o crescimento do mercado interno esteja vigoroso, o que compensará, ao menos parcialmente, as perdas com as exportações e o custo mais alto do dinheiro.

Direta ou indiretamente o Brasil sofrerá com a crise que se alastra. Como nossa economia está fortemente lastreada em *commodities* – principalmente o petróleo e o minério de ferro – e estas estão em franca queda de preço, puxada pela desaceleração do consumo, os reflexos da crise são inevitáveis. Grandes empresas nacionais que alavancam nossa economia já sofreram perdas enormes. Exemplo disto é a Petrobrás e a Companhia Vale do Rio Doce, que em 2008 tiveram perdas no valor de suas ações na casa dos 30%.

Mas as extensões e conseqüências da atual crise que se alastra mundialmente é apenas reflexo do que pode causar o fornecimento inadequado do crédito. Quando fornecido de maneira irresponsável, suas conseqüências são imprevisíveis. O que podemos dizer de concreto é que sempre teremos alguém interessado em adquirir tão nobre produto. Porém, saberá este consumidor das conseqüências, prazos, taxas, implicações jurídicas e econômicas do contrato que está firmando? Poucos respondem afirmativamente.

¹⁴³ REVISTA CONJUNTURA ECONÔMICA vol. 62. N.11 novembro/2008. P. 06.

11 CONCLUSÃO

Partindo das transformações da forma de agir do Estado, como conseqüência do amadurecimento e desenvolvimento das atividades interpessoais, demonstra-se que a propriedade e o contrato sofreram alterações de acordo com os movimentos políticos e econômicos. Tais modificações repercutiram diretamente na autonomia privada, alterando seus contornos. Também por influência dos princípios constitucionais, somente podemos conceber a autonomia privada como vinculada à defesa dos valores não só do indivíduo, mas também de forma social.

Os princípios fundamentais que alicerçam nossa Constituição orientam todo o ordenamento infraconstitucional, na busca efetiva de proteção e desenvolvimento da pessoa humana, seja no ordenamento jurídico privado ou público.

O Código de Defesa do Consumidor veio dar uma resposta às grandes relações consumeristas que cresciam em nosso país. Em consonância com os princípios constitucionais, procurou se afastar da dogmática liberal e patrimonialista do direito civil tradicional. Com este propósito, o CDC trouxe para a relação de consumo a teoria do abuso do direito, já que tal situação é corriqueira nas práticas comerciais e contratuais envolvendo instituições financeiras.

Tais preceitos acabam por impor certos limites éticos ao exercício dos direitos e de outras prerrogativas jurídicas. Tratando-se de relações de consumo, o principal limite é sem dúvida o princípio da boa-fé objetiva, que exerce a importante função de controlar o exercício do direito dos contratantes em respeito às normas infraconstitucionais e aplicabilidade dos princípios constitucionais na interpretação dos contratos. Atua ainda como paradigma na criação de deveres de conduta, estabelecendo entre os contratantes um elo de colaboração, visando um mesmo objetivo, ou seja, o cumprimento da obrigação assumida.

Há assim uma ruptura com a visão teórica individualista liberal e de seu reflexo no Direito Privado, substituída por um modelo socialmente funcionalizado de legislação e, por via de conseqüência, do contrato. É exatamente a fundamentação da norma programática sobre a função social do contrato – prevista no artigo 421 do CC – , e sua materialização no texto legal como a proibição do abuso de direito, a hipótese de revisão judicial dos contratos por onerosidade excessiva, e a citada boa-fé objetiva, que são mecanismos de intervenção estatal em pactuações particulares. Assim, percebemos que, além de mera alteração no texto

legal, temos verdadeira quebra de paradigmas, revelada na concepção do contrato como um fato social e não uma criação voluntária dos contratantes.

No tocante ao crédito, repetimos mais uma vez que é fator essencial para o desenvolvimento das atividades econômicas, principalmente no contexto deste trabalho, de relações bancárias. Seu fornecimento deve obedecer aos preceitos constitucionais de solidariedade, aliado à vulnerabilidade do consumidor, exigindo a utilização da técnica do abuso do direito como meio de se alcançar a justiça social e reprimir comportamentos anti-sociais.

As partes devem atuar respeitando seus interesses legítimos baseados em expectativa razoável de direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, em cooperação para atingir a finalidade da obrigação assumida.

E tal finalidade passa essencialmente pelas idéias de transparência e harmonia, conforme previsão no art. 4º do CDC. Não basta o fornecedor disponibilizar informações, é imperioso que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor, sob pena de aquela cláusula contratual não obrigar o contratante. Somente se desonera do dever de informar previsto no CDC aquele fornecedor de crédito que esclarece todos os dados necessários à tomada de decisão pelo consumidor.

No fornecimento de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, deve o fornecedor, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre o preço do produto ou serviço, além do montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros, conforme expresso literalmente no artigo 52 do CDC, usualmente desrespeitado.

A concessão de crédito de forma temerária e lesiva configura abuso do direito. Embora aparentemente se revista de licitude, satisfazendo os requisitos formais de validade contratual, há na verdade ato abusivo, já que se desvia o contrato de suas finalidades sociais que constituem o fundamento de validade da liberdade de contratar. Verificada a existência do abuso do direito, que possui forte embasamento ético, ensejará não só a obrigação de reparação de danos causados, como também a nulidade do ato ou negócio jurídico.

A transparência das informações no momento da concessão do crédito pode minorar o grande endividamento em que se encontra a sociedade atual, incompatível com os ideais de solidariedade e justiça social. O superendividamento é fator mundial, podendo ocorrer de modo ativo, se o consumidor adquire bens de modo a ultrapassar seu orçamento, ou passivo, quando a insuficiência da renda familiar decorre de fato alheio a sua vontade, como desemprego, doença ou acidente.

Qualquer que seja a origem da necessidade de crédito, sua oferta deve ser pensada para promover inclusão econômica, de forma a assimilar também a função social do contrato

de mútuo, e não atender ao único intuito econômico de instrumento jurídico garantidor da satisfação da dívida ao credor, comprometendo a própria sobrevivência do devedor e o submetendo a situação indigna.

E apesar de o direito brasileiro ainda carecer de uma lei que cuide detalhada e especificamente da situação do endividado, com a criação de procedimentos judiciais e extrajudiciais específicos para possibilitar ao consumidor o reequilíbrio de suas finanças, podemos contar com o sistema normativo previsto no Código Civil e na legislação consumerista, que fornecem importantes instrumentos de defesa, como a possibilidade de revisão contratual, a teoria da onerosidade excessiva, além de formas de controle administrativo, cuja legitimidade abrange inclusive o Ministério Público. E a segurança jurídica não depende exclusivamente do texto normativo, mas requer antes a busca por outros elementos que possam preencher-lhe o conteúdo, a serem fornecidos pelos modos de atuar da instituição financeira e da economia na busca por padrões de realidade informadores da decisão jurídica, cuja eficácia se faz sentir na realidade da concessão do crédito.

Há que se reconhecer a repercussão drástica que a concessão irresponsável do crédito pode resultar. Desde a desestabilização financeira de uma família até crises de abrangência mundial, como a que presenciamos neste momento. Cabe ao Estado, através de seus instrumentos de controle e intervenção, e ao consumidor, através do conhecimento e exigência de aplicação das leis consumeristas, atenuarem os efeitos danosos oriundos desta concessão insensata, buscando a harmonia dos interesses envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso do Direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos**. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 15, ano 15, set./dez. 1999.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os Contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: CJF, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. **Resolução e revisão dos contratos**. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). *Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AMARAL, Francisco. : **Direito Civil: introdução**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado financeiro**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **A boa-fé na formação dos contratos**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, set./dez. 1992.

BARBOSA, Fernando de Holanda. **A crise financeira de 2007/200 (?)** Revista Conjuntura Econômica vol. 62. N.º10 out./2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 22, 1997

BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996.

BÍBLIA SAGRADA Edição Pastoral. Paulo: Paulus, 1990.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial**. Organizador Yussef Said Cahali – 9ª Ed. Rev. ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995

CASADO, Marcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro: de acordo com a medida provisória 1.925-8, que cria a cédula de crédito bancário, e a medida provisória 1.963-19, que autoriza a contagem de juros sobre juros.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **O Direito do Consumidor no limiar do Século XXI.** *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 97-108, jul./set. 2000.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor .** 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000

EFING, Antônio Carlos..**Direito das relações contratuais.** Curitiba: Juruá, vol. 2, 2005.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo.** 2ª ed. Curitiba: Juruá. 2006.

EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. **A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira.** *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 63, 2007

EZEQUIEL. In: **Bíblia Sagrada** Edição Pastoral.São Paulo: Paulus, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato.** Curitiba: Juruá, 2004.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil.**2005. Dissertação (mestrado)

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função Social no Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2007.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A concorrência como garantia do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 103.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato.** São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato.** 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Novos Contratos e atual Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002: Breves comentários**. São Paulo: Saraiva, 2002.

HORA NETO, João. **O princípio da função social do contrato no Código de 2002**. *Revista de Direito Privado*, n.º 12.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LAUNTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARINS, James. **Proteção contratual no CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários**. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, 1996

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. **Estudos sobre direito brasileiro e superendividamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NALIN, Paulo. **Autonomia privada na legalidade constitucional**. In: **Contrato e Sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2006.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2001.

- NEGREIROS, Tereza. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material** (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2ª Ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OLIVEIRA, Alexandre Werneck de. **Pesquisa sobre o perfil do consumidor endividado**. Disponível em <www.almg.gov.br/procon/pesquisa_endividado.pdf>, acessado em 20 mar 2008.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Intuições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense. Vol. 1. 18ª Ed. 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 2. 19º Ed. 1999.
- PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar 2002.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomsom, 2006.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. São Paulo: Renovar, 2002.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percorso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no território brasileiro**. Curitiba, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado direito privado**. Tomos III, IV e V. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001.
- PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 43ª Ed. São Paulo: Brasiliene, 1998.
- REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ROCHA, Ana Cláudia Loyola da. **O controle da onerosidade excessiva nos contratos bancários e o consumo sustentável do crédito.** 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito.

RODRIGUES, Mauro Sérgio. **Prática de direito processual bancário: na visão do consumidor bancário.** São Paulo: Millennium, 2007

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no direito privado brasileiro. O código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Contratos bancários.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

SORJ, B. **Brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade na sociedade da informação.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SZTAJN, Rachel. **Associações e Sociedades.** Revista de Direito Mercantil, 128/15, nova série, outubro-dezembro, 2002.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Prosseguimento da Reforma Processual.** Revista de Processo. São Paulo 1999.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

TEPEDINO, Gustavo. **A Boa-fé objetiva no Código de defesa do consumidor e no Novo Código Civil.** Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, n.º 23, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos.** São Paulo: Atlas, vol. 2 7ª Ed, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.