

**FACULDADES INTEGRADAS  
"ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR  
AOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

Tamiko Yamasaki Miyasaki

Presidente Prudente/SP  
2003

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR  
AOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

Tamiko Yamasaki Miyasaki

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Edson Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/ SP  
2003

# **A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Professor Dr. Edson Freitas de Oliveira

Professor Dr. Marcio Ricardo da Silva Zago

Professor Dr. Ari Alves de Oliveira Filho

Presidente Prudente, 01 de dezembro de 2003.

De nada valeriam boas leis e excelentes conceitos, se não tivéssemos  
homens capazes de fazer Justiça.

Cândido Rangel Dinamarco

A justiça precisa ser rente à realidade social.

Kazuo Watanabe

## **A g r a d e c i m e n t o s**

A meus pais, pelo exemplo de vida.

Ao mestre e orientador, professor Edson Freitas de Oliveira,  
pelos esforços não medidos em meu auxílio.

Aos amigos de classe, pela juventude inspiradora.

À minha família, pelo incentivo e apoio imprescindíveis.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários mais comuns utilizados pelas instituições financeiras do Brasil, conceituando o consumidor dos serviços e produtos bancários com base na doutrina e na jurisprudência, analisando a proteção que o Código dá ao consumidor e caracterizando os principais contratos bancários. Adentra na análise da controvérsia sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições bancárias, através da ADIn 2591 em tramitação no Supremo Tribunal Federal e conclui pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a determinados contratos nas situações enumeradas.

Foi empregado o método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documentos eletrônicos. A monografia buscou respostas às principais indagações sobre a submissão ou não dos serviços bancários à égide do Código de Defesa do Consumidor e a aplicabilidade de suas regras aos contratos com os clientes/consumidores, na forma conceitual discutida.

Em face da atualidade do tema e das divergências doutrinárias, foi enfocada a ADIn 2591, proposta pelo CONSIF – Confederação Nacional do Sistema Financeiro junto ao Supremo Tribunal Federal, visando considerar inconstitucional a norma legal que insere os serviços bancários como submetidos ao Código de Defesa do Consumidor. Diante dos pareceres de doutrinadores e da jurisprudência dos tribunais superiores há que se admitir a constitucionalidade da norma.

Conclui-se, portanto pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços e produtos bancários contratados pelos consumidores, assim entendidos, aqueles que apresentam vulnerabilidade nos termos da lei, da doutrina e da jurisprudência.

**PALAVRAS CHAVES:** Código de Defesa do Consumidor – consumidor e vulnerabilidade; fornecedor de serviços bancários; contratos bancários; proteção ao cliente/consumidor.

## ABSTRACT

The present work on the basics of analyzes the applicability of the Code of Defense of the Consumer to more common banking contracts used by the financial institutions of Brazil, appraising consuming of the services and the banking products the doctrine and in the jurisprudence, analyzing the protection that the Code gives to the consumer and characterizing main banking contracts. It enters in the analylisis of the controversy on the applicability of the Code of Defense of the Consumer to the banking institutions through ADIn 2591 in transacion in the Supreme Federal Court and concludes fo the applicability of the Code of Defense of the Consumer determined contracts in the enumerated situations.

The hypothetical-dedutctiv method of borarding was used, using of bibliographical research and eletronic documents. The monograph searched answers to the main investigantions on the submission or not of the banking services to the Code of Defense of the Consumer and the applicability of its rules to contracts with the consuming customer, in the argued comceptual form.

In face of the present time of the subject and the doctrinal divergences ADIn 2591 was focused proposal for the CONSIF – National Confederation of the Financial, together System to the Supreme Federal Court, aiming at to consider unconstitutional the rule fo law that inserts the banking services as submitted to the Code of Defense of the Consumer. Ahead of tem to seem of doctrine and the jurisprudence of the superior courts has that to admit the constitutionality of the norm.

It is concluded, therefore, for the applicability of de Code of Defense of the Consumer to the services and banking produts contracted by the consumers, thus understood, those that present vulnerability in the terms of the law, the doctrine and the jurisprudence.

**KEYWORDS:** Code of Defense of the Consumer – consuming and vulnerability; supplier of banking services; banking contracts; protection to the consuming customer.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. RELAÇÃO DE CONSUMO.....</b>	<b>11</b>
1.1 Os contratos – Breves considerações históricas.....	11
1.2 O advento do Código de Defesa do Consumidor.....	18
1.3 Conceito de relação de consumo.....	19
1.4 Conceito de consumidor.....	20
1.4.1 O consumidor <i>stricto sensu</i> .....	20
1.5 O consumidor por equiparação .....	23
1.6 O conceito jurídico de consumidor.....	25
1.6.1 O consumidor nas relações bancárias .....	26
1.7 O conceito de fornecedor.....	29
1.7.1 Instituições financeiras.....	30
1.8 Conceito de produto.....	32
1.8.1 Produto de natureza bancária.....	33
1.9 Conceito de serviço.....	34
1.9.1 Serviço de natureza bancária.....	35
<b>2. A PROTEÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR...</b>	<b>35</b>
2.1 Contrato de adesão.....	36
2.2 Teoria da Imprevisão ou Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	38
2.3 Inversão do ônus da prova.....	39
2.4 Dever de informação.....	41
2.5 Princípio da onerosidade excessiva para o consumidor.....	42
2.6 Práticas abusivas.....	43
2.7 Cláusulas abusivas.....	43
<b>3. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E CONTRATOS BANCÁRIOS.....</b>	<b>45</b>
3.1 Instituição financeira – breves considerações.....	45
3.2 Contratos bancários.....	47
3.3 Natureza dos contratos de crédito bancário.....	48
3.4 Classificação dos contratos bancários.....	49
<b>4. CONTRATOS BANCÁRIOS EM ESPÉCIE.....</b>	<b>50</b>
4.1 Depósito bancário.....	50
4.1.1 Certificado de depósito bancário.....	52
4.2 Empréstimo bancário.....	52
4.3 Abertura de crédito.....	54
4.4 Desconto bancário.....	55
4.5 Crédito Rural.....	56
4.5.1 Cédula de crédito rural.....	56
4.5.2 Cédula rural pignoratícia.....	58
4.5.3 Cédula rural hipotecária.....	58



4.5.4	Cédula rural pignoratícia e hipotecária.....	59
4.5.5	Nota de crédito rural.....	59
4.5.6	Nota promissória rural.....	60
4.6	Crédito industrial.....	60
4.6.1	Cédula de crédito industrial.....	61
4.6.2	Nota de crédito industrial.....	62
4.7	Crédito Comercial.....	62
4.8	Crédito Habitacional.....	63
4.8.1	Características.....	63
<b>5.</b>	<b>A ADIN 2591.....</b>	<b>66</b>
5.1	A posição das instituições financeiras.....	66
5.2	Os argumentos contra a posição das instituições financeiras.....	70
5.3	O Supremo Tribunal Federal e o andamento do processo.....	76
<b>6.</b>	<b>A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS BANCÁRIOS.....</b>	<b>77</b>
<b>7.</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>85</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>87</b>

## INTRODUÇÃO

Com a expansão do sistema financeiro e bancário, as relações do homem com essas instituições nos séculos XX e XXI, repercutiram no campo do Direito. Quase todas as pessoas, trabalhadoras ou não, têm algum tipo de relacionamento com o sistema bancário. Cotidianamente, os serviços bancários fazem parte da vida dos homens, seja recebendo seu salário, pagando suas contas, financiando a compra de algum bem ou obtendo crédito para implementar sua atividade profissional. É quase impossível, na vida moderna, deixar de utilizar esses serviços.

É, então, muito comum o surgimento de conflitos entre clientes, usuários desses serviços e instituições financeiras, mormente, quando se observa que a grande maioria dos contratos bancários é contrato de adesão.

Para facilitar a gestão empresarial, os bancos, geralmente, grandes conglomerados, dirigem a atividade bancária com contratos padrões para cada tipo de serviço prestado, impondo-os aos seus contratantes. As cláusulas desses contratos prevêm, muitas vezes, regras que permitem aos bancos onerar demasiadamente o contratante, sem que este possa negociar cada cláusula como ato de autonomia da manifestação da vontade.

O Código de Defesa do Consumidor, aprovado pelo Congresso Nacional, em 1990, veio suprir lacuna na legislação brasileira, para proteger o consumidor em suas relações de consumo com quaisquer fornecedores de produtos ou serviços em qualquer atividade econômica.

Embora o Código de Defesa do Consumidor, esteja em vigor a mais de 10 anos, há ainda, grande polêmica entre doutrinadores acerca da natureza jurídica do serviço bancário em relação a esse regramento jurídico. Já se vislumbra entre

os juristas e a jurisprudência, uma luz no fim do túnel e uma definição da doutrina em um sentido mais consentâneo com o espírito do CDC.

A proteção ao consumidor, desejada pelo legislador brasileiro ao criar o CDC, visa tornar possível igualá-lo ao fornecedor quanto aos seus direitos, de modo que essa proteção seja efetiva e concreta na vida cotidiana.

No relacionamento com as instituições financeiras, a doutrina questiona a aplicação do CDC aos serviços bancários e aos contratos decorrentes desses serviços. Por outro lado, há grande parte da doutrina que entende que o CDC se aplica, também, às instituições financeiras.

Esta monografia visa demonstrar as características e a natureza dos serviços e contratos bancários em relação aos conceitos de consumidor e fornecedor, emitidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Visa, ainda, verificar se os serviços e contratos de natureza bancária estão submetidos à proteção desse código.

Partindo-se da conceituação de relação de consumo, passando pelo de consumidor e fornecedor, chega-se ao conceito de produto e serviço de natureza bancária. Em seguida, analisa-se a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo em geral; em seguida, estudam-se os contratos bancários e sua natureza, desaguando nas principais espécies de contratos bancários colocados à disposição dos consumidores no mercado. Após, são analisadas a ADIn 2591, em andamento, junto ao Supremo Tribunal Federal, a posição dos bancos e os argumentos contrários defendidos por vários doutrinadores e instituições. Finalmente, analisa-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, frente aos conceitos emitidos anteriormente.

# 1. RELAÇÃO DE CONSUMO

## 1.1 Os Contratos – Breves considerações históricas

A história dos contratos passa do corporativismo, dos séculos XII ao século XVI, ao período do mercantilismo, do século XVII e XVIII, ao liberalismo do século XIX, até chegar ao intervencionismo estatal, a partir da 1<sup>a</sup>. Grande Guerra (1914-18). A partir do século XX, uma semente da nova concepção de direitos dos contratos encontra-se em germinação. É a discussão entre a visão filosófica e metafísica do contrato e uma visão mais social deste.

Na Antigüidade, existiam relações de troca entre os povos da época: troianos, egípcios, cretenses, sírios, fenícios, cartagineses e babilônios. O primeiro documento que atesta a existência de normas jurídicas é o Código de Hamurábi, datado de 2082 a. C, com disposições expressas sobre o empréstimo a juros, o contrato de depósito, o contrato de sociedade e uma forma de contrato de comissão (conforme BULGARELLI, 2001, p. 26).

Os fenícios, gregos e romanos navegaram entre a Ásia e costa do Mediterrâneo, marcando o aparecimento de normas costumeiras marítimas. Várias delas integram o *Digesto*, codificado por Justiniano. Dessas regras, várias delas existem até hoje. A *Lex Rhodia de jactu* é o alijamento, consagrado no Código Comercial de 1850 como avaria grossa. Consistia, como ainda hoje, em lançar ao mar, parte do carregamento sempre que o navio estivesse em perigo e dividir o prejuízo entre os proprietários das mercadorias e do navio, proporcionalmente (conforme BULGARELLI, 2001, p.28).

Entre os institutos romanos que chegaram até os dias atuais, a falência moderna, consequência da entrega dos bens do devedor insolvente aos credores, pelo magistrado romano e ainda o *receptum nautarum*, que consistia na responsabilidade do armador por coisas desaparecidas a bordo; as ações instória e exercitória, destinadas a promover a responsabilidade dos donos pelos

atos de seus prepostos; a ação pauliana, para a revogação dos atos praticados em fraude contra credores (conforme BULGARELLI, 2001, p.28).

No século V, com a queda do Império Romano, os árabes assumiram o comércio para a Ásia, estabelecendo a rota da seda, da China ao Mediterrâneo. De influência árabe, vários termos são usados na prática mercantil, como frete, freguês, armazém, avaria, etc. A Europa isolou-se e nesse período da Idade Média, o feudalismo floresceu e as corporações de ofício dominaram o comércio das cidades (conforme BULGARELLI, 2001, p. 29).

No corporativismo, as corporações de ofício impuseram suas ordens aos contratos, conforme seu interesse, sem a preocupação em manter igualdade entre as partes. No mercantilismo, os contratos tomaram forma de acordo entre as partes com a imposição de regras mercantis, surgindo, assim, as primeiras codificações comerciais (conforme HUBERMAN, 1978).

No fim da Idade Média, as cidades floresceram e as associações de comerciantes assumiram papel preponderante. Surgiram sindicatos de pequenos artesãos, as cidades conheceram um impulso comercial, antes nunca visto e mais poderosas, passaram a exercer poderes que eram, normalmente, do Estado. Os negociantes mais ricos, os burgueses e os nobres mais prestigiados se uniram impondo taxas, impostos, pedágios e multas àqueles que pretendiam negociar em suas terras. Os usos e costumes da época e as decisões dos tribunais foram reunidos em repositórios. Entre os principais arrolam-se as *Consuetudines*, de Gênova, de 1056; o *Constitutum usus*, de Pisa, de 1161; e o *Liber consuetudinun*, de Milão, de 1216 (conforme BULGARELLI, 2001, p.31).

Por influência dos canonistas, atribuiu-se grande importância ao consenso para a formação do contrato, o que levava à idéia de que a obrigação deve nascer, fundamentalmente, de um ato de vontade e que para criá-lo, era suficiente a declaração. Formularam também o princípio da autonomia da

vontade. O respeito à palavra dada e o dever de veracidade faziam com que os contratos fossem cumpridos. Nascia, assim, a regra jurídica que assegurava a força obrigatória dos contratos (conforme FLORES, 2003).

Na Idade Moderna, os estados nacionais fortes que surgiram na Europa foram fator decisivo para impulsionar o renascimento comercial, as grandes descobertas e a colonização da América e Ásia. Nesta fase inicial do capitalismo, as fronteiras nacionais e o pacto colonial sustentaram o crescimento do comércio.

Os governantes compreenderam melhor a importância do comércio para a prosperidade das nações e medidas foram tomadas para favorecer o desenvolvimento. Nessa época, surgiram as grandes codificações de direito comercial: o *Navigation Act*, de Cromwell, na Inglaterra, em 1651; na França, são editadas leis por Colbert, ministro do rei Luís XIV, para o comércio marítimo e terrestre (conforme BULGARELLI, 2001, p. 35).

Com o liberalismo, apareceram as primeiras idéias de liberdade e igualdade. O desenvolvimento da Revolução Industrial impôs uma maior igualdade entre os contratantes. Prevalencia, ainda, o poder econômico dos comerciantes e industriais. O Estado teve que intervir nestas relações entre particulares, com leis específicas para determinadas situações em diversos ramos contratuais. Em 1807, foi promulgado o Código Napoleônico, verdadeiro marco legislativo. Baseado em idéias de liberdade, o Código de 1807 adotou o critério objetivo no direito comercial, considerando o direito próprio dos atos de comércio. Embora bastante modificado, o Código Comercial de 1807 vige, ainda, tendo inspirado o Código Espanhol, de 1829 e o Brasileiro de 1850.

O processo econômico desencadeado pelo regime capitalista de produção incentivou a corrente de pensamento da Escola Natural que defendeu a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. A ideologia individualista cristalizou

a concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico.

O negócio jurídico passou a ser um gênero, da qual a principal espécie passou a ser o contrato que se aplicava a todas as relações econômicas, independente do tipo de relação entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa. Não se levava em conta, se o objeto do contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário.

No mundo contemporâneo, a evolução da economia capitalista conduziu à abstração das fronteiras nacionais no comércio de bens e prestação de serviços. O início da globalização da economia, no século XX, forçou os países a formarem blocos econômicos, uniões aduaneiras, mercados comuns e zonas de livre comércio, além de, discussão e celebração de tratados internacionais sobre comércio exterior, visando eliminar subsídios e barreiras tarifárias.

A evolução do capitalismo, até os dias atuais, conduziu também à evolução dos contratos, seguindo modelos. No primeiro, em que prevalece sempre a vontade das partes, a interferência do aparato estatal limita-se a garantir tal prevalência (modelo liberal); no segundo, em que a interferência do aparato estatal substitui a vontade manifestada pelas partes por regras de direito positivo (modelo neoliberal); e por fim, no terceiro, em que se distingue o acordo feito por agentes econômicos iguais do contrato entre desiguais, com o intuito de prestigiar a vontade das partes e tutelar o economicamente mais fraco (modelo reliberalizante) (conforme COELHO, 2001).

Com as duas grandes guerras, a Europa sofreu grandes prejuízos que impossibilitavam o cumprimento dos contratos, precipitando a reformulação; a tecnologia jurídica foi obrigada a formular um novo modelo para o direito contratual. Institutos jurídicos foram desenvolvidos – revisão dos contratos fundada na imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*) e mais tarde, na excessiva

onerosidade (teoria da lesão), as cláusulas gerais de negócio, os instrumentos de adesão, etc. Ainda não tratava no campo, hoje referido, como relação de consumo, mas já se sentiam seus efeitos na vida das pessoas.

As transformações sociais determinaram a evolução do direito. O indivíduo é substituído pelo grupo: as sociedades comerciais promoveram a concentração dos meios produtivos; os produtores organizaram-se fazendo acordos, denominados, mais tarde, cartéis, a fim de limitar os efeitos da concorrência, vindo a criar situações de oligopólio ou monopólio.

O panorama econômico se transmudou e o capitalismo exacerbado desencadeou num novo modelo social: a sociedade de consumo. A produção em massa, resultado de avanços tecnológicos com redução de custos e um grande contingente de consumidores, aptos a consumir diante da grande vitrine proporcionada pelos meios de comunicação modernos, formam os ingredientes desse processo econômico e social. Esse processo gerou uma concorrência acirrada entre produtores ou na linguagem moderna do consumerismo, entre fornecedores de produtos e serviços que desenvolveram técnicas de vendas, induzindo os consumidores a adquirir o “seu” produto. Fez-se necessário o desenvolvimento de novas formas de crédito, a fim de que o consumidor pudesse mais fácil e rapidamente adquirir o produto.

O consumidor, atingido pela explosão produtiva e mercadológica, tornou-se impotente, frágil e vulnerável, face à robustez e poder de indução dos grandes conglomerados econômicos. Não poderia o Direito manter-se indiferente.

Hoje, na grande maioria dos contratos não se verificam negociações entre sujeitos de direito, acerca do conteúdo das cláusulas com o objetivo de encontrar o dispositivo que melhor represente a composição dos respectivos interesses. Se alguém necessita de dinheiro para reformar sua casa e procura o banco do qual é cliente para obter um empréstimo, terá, certamente, poucas chances de discutir



as condições das linhas de crédito que lhe são ofertadas. Os critérios gerais são preestabelecidos pelo banco. O interessado tem duas alternativas: aceitar as condições oferecidas e contratar ou não contratar. O banco não dispõe sequer de meios para eventual contraproposta, em função dos custos que incorreria para mobilizar sua equipe técnica (economistas e advogados) no exame dessa contraproposta.

Logo, os contratos, em geral, expressam a adesão de um dos contratantes às condições do negócio, unilateralmente, estabelecidas pela outra parte. Diante dessa realidade, o direito dos contratos desenvolveu tecnologias no intuito de proteger o aderente contra abusos do estipulante. O estipulante, experiente em seu ramo de negócio, revê periodicamente os dispositivos dos contratos, de modo a favorecê-lo, enquanto o estipulado não possui, quase sempre, as informações mínimas para compreender o texto no seu exato sentido. O estipulante de má fé pode abusar de sua condição privilegiada e redigir cláusulas obscuras ou ambíguas, prejudiciais ao aderente. Para amparar este, o direito desenvolveu a teoria da lesão como vício do consentimento, recuperou do direito romano a fórmula *rebus sic stantibus* para que os contratos sejam revistos judicialmente, normatizou as condições gerais de negócio e os contratos de adesão. Nesse contexto ganha relevância a preocupação com instrumentos de equalização das partes do contrato. Equalização buscada nas condições jurídicas de contratantes desiguais. As regras de tutela contratual dos consumidores são o exemplo mais significativo desse mecanismo (conforme MARQUES, 2002).

Até 1990, o direito privado brasileiro dos contratos dividia-se em dois regimes jurídicos diferentes. De um lado, o civil, aplicável à generalidade dos contratos entre particulares e, de outro, o comercial, relacionado aos contratos próprios do comércio. A partir do advento do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 - ocorreu a criação de mais um regime jurídico, o consumerista. A exata delimitação do campo de incidência de cada regime jurídico-contratual decorre do conceito legal de relação de consumo, de fornecedor e consumidor.

O novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) vigente a partir do dia 11 de janeiro de 2003, introduziu as noções de função social, probidade e boa fé nas relações contratuais. Introduziu o princípio da interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão, valorizou a natureza social da posse e submeteu o direito de propriedade à sua função econômica e social.

Até então, nas relações contratuais não amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor prevalecia a vontade das partes em exercer a liberdade de contratar, desde que o objeto fosse lícito, sem a obrigatoriedade de observar a função social e os princípios da probidade e da boa fé nos contratos. Ainda que, uma das partes obtivesse vantagem, claramente, excessiva em detrimento da outra, o que fora livremente pactuado tinha força de lei entre os contratantes, não podendo o Estado intervir em tal relação, na interpretação fria da lei anterior.

Buscou, também, proteger a parte mais fraca nos contratos de adesão. Em tal modalidade contratual sempre que houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotar-se-á a interpretação mais favorável ao aderente. Ainda, o novo Código Civil permite à parte que se sentir demasiadamente onerada, com extrema vantagem para a outra em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, pleitear a resolução do contrato, em juízo. O novo Código Civil proporciona mais segurança para a parte mais “fraca” na relação contratual e, também, põe fim ao princípio da força obrigatória dos contratos, diminuindo a segurança quanto ao cumprimento integral dos contratos (conforme FRANCISCO, 2003).

O novo Código Civil é uma nova base conceitual e normativa para o microsistema de tutela do consumidor, o CDC. Com a mudança, não haverá mais o liberalismo e o individualismo do séc. XVIII e XIX, que caracterizou a obra de Bevilacqua, mas sim uma visão social intervencionista, ética e de acordo com a boa fé.

O art. 2035 do novo Código Civil dispõe que os contratos em vigor são ainda regidos pelo CDC e pelo Código Civil de 1916, mas seus efeitos se subordinam a essa nova regra, salvo, se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. O parágrafo único faz prevalecer a nova ordem pública e nova definição de abuso. Assim, contratos que incluam abusos, que desrespeitem a boa fé a função social dos contratos, podem não prevalecer, em face do novo Código Civil (conforme MARQUES, 2002, p.553/554).

O operador do Direito poderá ter dúvida se deve aplicar o CDC ou o Código Civil de 2002. O Código Civil é uma lei geral e assim, preserva as leis especiais. Como ela, também, não menciona em nenhum artigo a expressão “consumidores”, conclui-se que ao CDC, não se aplica o art. 2043, que revoga leis especiais incorporadas ao novo Código. Da mesma forma, as normas sobre função social do contrato (art. 421), sobre o princípio da boa fé (art. 422) e contratos de adesão (art. 424), nada mencionam sobre consumidores, pois são regras genéricas, aplicáveis a contratos civis e comerciais. Logo, as leis especiais não incorporadas ao novo Código Civil ficaram preservadas e são prevalentes em relação à lei civil geral e subsidiária.

## **1.2 O advento do Código de Defesa do Consumidor**

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a idéia de proteção específica aos consumidores no artigo 5º, inc. XXXIII, como direito fundamental e, determinou no art. 48 do Ato das Disposições Transitórias, que o legislador infraconstitucional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor, no prazo de 120 dias. A proteção do consumidor adquiriu aspecto relevante como ato de tutela da dignidade da pessoa, assumindo *status* de garantia constitucional e princípio norteador da atividade econômica.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor em 11 de setembro de 1990 e entrada em vigor de suas normas, após a *vacatio legis* de 180 dias de sua

publicação, consolidaram-se os direitos dos consumidores, criando-se um micro-sistema das relações de consumo com a inserção de novas normas e princípios jurídicos para a tutela dos consumidores.

Com o passar do tempo, as relações de consumo foram passando por tratamento inovador e protetivo da parte mais frágil na relação, ou seja, do consumidor. Busca-se cada vez mais o desenvolvimento de doutrina voltada à regulamentação das relações de consumo, especialmente no diz respeito ao crédito do consumidor.

O CDC representa uma proteção contratual efetiva, seja quanto à tutela jurisdicional, seja como o maior avanço da disciplina das relações de consumo. As normas do CDC afetam de modo positivo todos os membros da sociedade consumidora, protegendo-os contra o produto ou serviço que lhes causem dano.

As leis civis e comerciais são aplicáveis às relações jurídicas de consumo para integração de lacuna por situação não prevista pelo Código, naquilo que não contrariar o sistema de defesa do consumidor regulado pelo Código de Defesa do Consumidor.

### **1.3 Conceito de relação de consumo**

Segundo o Prof. NELSON NERY JUNIOR (2001, p.441):

...entende-se por relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor .

ANTONIO CARLOS EFING (1994, p.15/16) considera relação de consumo “a relação jurídica estabelecida entre consumidor(es) e fornecedor(es) segundo as conceituações do CDC, tendo por objeto produto ou prestação de serviço”.

De qualquer modo, é necessário para se reconhecer uma relação de consumo que haja a possibilidade de serem aplicadas as normas do CDC, caso contrário, estar-se-á diante de uma relação civil, comercial, etc., passível de regramento por outros textos legais, que não o CDC. Devem, também, estar identificadas as partes componentes da relação de consumo (consumidor, fornecedor, produtor, serviço), segundo as conceituações do CDC.

Portanto, existe relação de consumo sempre que existir como sujeitos, o fornecedor e o consumidor, como objeto, os produtos e/ou serviços e como finalidade, serem celebradas para que o consumidor adquira produtos ou serviços como destinatário final.

#### **1.4. Conceito de consumidor**

##### **1.4.1 O consumidor *stricto sensu***

Nos termos do artigo 2º, “consumidor é toda física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O conceito de consumidor *stricto sensu* compõe-se da conjugação de três elementos (conforme PINHEIRO, 2000, p. 336/337) :

a) elemento subjetivo (pessoa física ou jurídica), segundo a qual, a princípio toda e qualquer pessoa pode ser consumidora, não importando sua natureza jurídica, nem sua nacionalidade;

b) elemento objetivo (produto ou serviço), compreendida na dicção do art. 3º, §§ 1º e 2º da lei, ao descrever que “produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista”;

c) elemento teleológico (destinatário final) concentra-se no uso próprio, privado, individual, doméstico ou familiar, até mesmo a terceiros, desde que não se opere por revenda, excluindo, pois a figura do “consumidor intermediário”, expressão inaplicável perante os parâmetros legais. O legislador tratou de, com o emprego da expressão “destinatário final”, identificar os agentes merecedores da tutela e afastar os demais sujeitos do mercado, como os “agentes intermediários”, posto que não vulneráveis. O elemento teleológico é, pois, o que guarda as questões mais complexas, principalmente quando confrontado com a atividade lucrativa das pessoas jurídicas e com a extensão do conceito de insumo, também pertinentes aos profissionais liberais. Daí a formulação de duas teorias: a teoria maximalista e a teoria finalista.

Para a teoria maximalista, o CDC é um regulamento dentre outros que disciplinam o mercado de consumo brasileiro, sendo também consumidores os profissionais e as pessoas jurídicas indistintamente, cabendo ao art. 2º, *caput*, a interpretação mais extensiva possível. A expressão “destinatário final” adota o sentido de “destinatário fático”. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

Os seguidores da teoria finalista fundamentam sua assertiva na interpretação restritiva do elemento teleológico “destinatário final” à luz do princípio da vulnerabilidade presente no artigo 4º, I. Por “destinatário final” compreende-se não apenas o agente que promove o esgotamento econômico do produto ou serviço pelo gasto, destruição, fruição ou uso, mas também o aproveitamento da utilidade que comporta. Tal teoria originou-se com o fundamento de que a figura do consumidor se restringe àquele que adquire o produto para uso próprio ou para sua família, excluindo em princípio, o consumidor profissional e a pessoa jurídica. Os finalistas abrandaram essa posição, aceitando a possibilidade do Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, interpretar o art. 2º, de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo e conceder a

aplicação das normas especiais do CDC, analogicamente também a estes profissionais.

Nos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável, é o pólo mais fraco da relação contratual, pois, não pode discutir o conteúdo de um contrato. A vulnerabilidade é a noção fundamental que guia a aplicação das regras protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça. Existem três tipos de vulnerabilidade, segundo CLAUDIA LIMA MARQUES (2002, p.270): a vulnerabilidade técnica, a jurídica e a fática.

Na vulnerabilidade técnica o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo; portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do produto ou à sua utilidade. No CDC a vulnerabilidade técnica, é presumida para o consumidor não profissional. Assim, o próprio STJ considerou que agricultores organizados em cooperativa, apresentam vulnerabilidade intrínseca em relação a máquinas agrícolas de nova geração, definindo a relação entre o vendedor e o comprador como relação de consumo. Trata-se de exceção e não da regra.<sup>1</sup>

Já vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Esta vulnerabilidade é presumida no CDC tanto para o consumidor não profissional quanto para o consumidor pessoa física. Essa presunção conduz o fornecedor ao dever de informação sobre o conteúdo do contrato, face à complexidade da redação dos contratos, principalmente, aqueles que em conexo possuem múltiplos vínculos.

---

<sup>1</sup> A jurisprudência do STJ concorda com essa tese e ensina: "Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e a pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC." (Resp. 296.516 Min. Fátima Nancy Andrghi, j. 07.12.2000, DJ 05.02.2001)

A vulnerabilidade fática ou sócio-econômica diz respeito ao fornecedor que em posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam. Ligada a esta noção de vulnerabilidade fática está a hipossuficiência que leva a considerar abusivas as cláusulas de eleição de foro e impor um foro privilegiado ao consumidor. O sistema do CDC presume esta vulnerabilidade para o não profissional, mas não o presume para o profissional.

Diante do que foi discutido, fica a questão, diante de métodos contratuais massificados, todo contratante seria considerado vulnerável? O simples fato de se utilizar contrato pré-elaborado não é suficiente para presumir a vulnerabilidade da outra parte. Pode-se no máximo, aceitar que a contratação por contrato de adesão pode ser um indício de vulnerabilidade, nunca uma presunção. Se todos forem considerados consumidores o CDC passa a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não igual, o que não parece correto. O art. 2º e sua definição são a regra basilar do CDC e deve seguir seu princípio e sua *ratio legis*, de proteção preferencial dos mais fracos, dos mais vulneráveis no mercado. Defende-se, pois, a necessária conjunção dos fatores finalísticos, destinação fática e econômica do produto ou serviço com base no art. 4º, I, do CDC (*ratio* de vulnerabilidade). A regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema de tutela especial do Código e conforme a finalidade da norma, determinada no art. 4º do CDC. Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do CDC, os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não profissional e entre o fornecedor e consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois, o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.

### **1.5 O consumidor por equiparação**

O CDC adota o critério de equiparação visando esgotar as possibilidades de proteção dos agentes indiretamente envolvidos na sociedade de consumo.



Equiparar é comparar igualando. Agentes equiparados a consumidores ou consumidores por equiparação consiste num grupo de sujeitos não necessariamente abarcados pelas regras do artigo 2º, *caput*, e que se revelam merecedores da tutela, posto que vulneráveis frente ao elenco de práticas de mercado. Divide-se em três grupos: a coletividade de pessoas (art. 2º, parágrafo único), as vítimas do evento (art. 17) e todas as pessoas expostas às práticas comerciais previstas no CDC (art. 29).

Por coletividade entende-se a universalidade de consumidores, ou mesmo uma categoria, grupo ou classe de pessoas. Tal dispositivo propõe a extensão das regras do art. 2º, *caput*, possibilitando a grupos de consumidores, o acesso à justiça e a defesa de interesses coletivamente concebidos, mesmo diante da indeterminabilidade de seus sujeitos. Tal equiparação decorre, sobretudo, em razão do caráter massificador das práticas de consumo, especialmente algumas modalidades contratuais, e da relevância de questões pré-contratuais, como a oferta e a publicidade.

As vítimas envolvidas em acidente de consumo, ou seja, quando ocorre a afetação de terceiros estranhos à relação jurídica de consumo, em virtude de propagação do dano, são equiparadas pelo art. 17, proporcionando uma proteção bastante ampla.

No art. 29, toda e qualquer pessoa exposta às práticas comerciais condenadas pelo Código. Incluem-se tanto as pessoas naturais, quanto as pessoas jurídicas, sejam elas de natureza pública ou privada. Nesta modalidade de consumidor, a vulnerabilidade decorre da pressão exercida em virtude do poder econômico da outra parte. O legislador, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, concedeu um poderoso instrumento para proteger as pessoas expostas às práticas comerciais abusivas. A Jurisprudência tenta se aproximar da vontade do legislador. Nesse sentido destaca-se a decisão do Tribunal de Alçada do RS, 2ª. Câmara Cível, Ap. Cível 192188076, Rel. Paulo Heerdt, J. 24.09.92, com a seguinte ementa (MARQUES, 2001, p. 294/295):

Contrato de crédito rotativo. Juros e correção monetária. Código de Defesa do Consumidor. Conceito de consumidor para os fins dos capítulos V e VI da Lei 8.078/90. Exegese do art. 29 do CDC. Contrato de adesão. Cláusula abusiva. Controle judicial dos contratos. Ainda que não incidam todas as normas do CDC nas relações entre Banco e empresa, em contrato de crédito rotativo, aplicam-se os Capítulos V e VI, por força do art. 29 do CDC, que amplia o conceito de consumidor, possibilitando ao Judiciário o controle das cláusulas contratuais abusivas, impostas em contratos de adesão. Cláusula que permite variação unilateral de taxa de juros é abusiva porque, nos termos do art. 51, X e XIII, possibilita variação de preço e modificação unilateral dos termos contratados. Possibilidade de controle judicial, visando estabelecer o equilíbrio contratual, reduzindo o vigor do princípio *pacta sunt servanda*... Ação declaratória julgada procedente para anular lançamentos feitos abusivamente. Sentença reformada.

Pode-se, a partir da lição da jurisprudência, concluir que o artigo 29 permite incluir no campo de aplicação das normas dos capítulos V e VI do CDC, a tutela protetiva daquele profissional, consumidor equiparado, de forma a reequilibrar a relação e reprimir o uso abusivo do poder econômico.

## 1.6 O conceito jurídico de consumidor

Segundo CLAUDIA LIMA MARQUES (2002, p. 310), o art. 2º do CDC deve ser interpretado, segundo a sua *ratio legis*, sua finalidade atual. A *ratio legis* de todas as normas do CDC está positivada no art. 4º do CDC que impõe respeito, lealdade, transparência e harmonia nas relações de consumo, atendido o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, da boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Na lição de JOSE GERALDO BRITO FILOMENO (2002, p.28), um dos autores do CDC:

...entendemos por consumidor, qualquer pessoa física ou jurídica que, isoladamente ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.

O art. 2º deve ser interpretado dentro do sistema e da *ratio legis* de proteção dos vulneráveis. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado. Convém delimitar quem é o consumidor e quem não é. A expressão “destinatário final” deve ser interpretada como destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja pessoa jurídica ou física, de acordo com os princípios básicos do CDC, expostos nos art. 4º e 6º. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo, aquele que coloca um fim na cadeia de produção. Essa interpretação finalista tem por base a vulnerabilidade (presumida ou comprovada) e permite a equiparação dos art. 17 e 29 do CDC, somente, com base na prova da equiparação.

### **1.6.1 O consumidor nas relações bancárias**

O § 2º do art. 3º do CDC é claro ao sujeitar as instituições financeiras como fornecedor de serviços e como consumidores, os tomadores desses serviços e produtos. Textualmente: “Serviço é toda atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Genericamente falando, os clientes de serviços bancários enquadram-se na definição de consumidor estabelecida pelo CDC.

De forma específica, fica evidente que a pessoa física usuária de serviços bancários, participa de uma relação de consumo e por conseqüência, está ao abrigo do CDC. Ocorrendo prestação de serviços bancários, onde figurem, de um lado, na qualidade de fornecedor um determinado banco comercial e, de outro, na qualidade de consumidor, uma pessoa física qualquer, que contrate objetivando uma destinação final, parece evidente que essa relação jurídica se caracterizará como relação de consumo.

Quanto às pessoas jurídicas, uma avaliação mais criteriosa deve ser feita para considerá-las ou não consumidoras nos moldes do CDC. Neste caso, a finalidade atribuída à relação de consumo, conjugada com a circunstancial vulnerabilidade da pessoa jurídica define essa condição. Para efeito de aplicação do CDC, o consumidor é considerado, presumivelmente, vulnerável frente ao fornecedor. O que não se pode confundir é vulnerabilidade com hipossuficiência. A vulnerabilidade é geral e decorre da simples situação de consumidor e a hipossuficiência decorre das condições pessoais e relativas a cada consumidor em confronto com as condições pessoais do respectivo fornecedor. Assim, a hipossuficiência deve ser analisada caso a caso.

Nas palavras de MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO (1993, p.131/132):

...ao verificar-se a inclusão ou não de determinada pessoa jurídica na qualidade de consumidora dos produtos e serviços fornecidos pelos bancos e outras entidades financeiras, é preciso investigar a finalidade daquele negócio jurídico – se na qualidade de consumidor ou não – e, a partir de então, perquirir-se acerca de sua vulnerabilidade. Assim, se o contrato bancário efetivado pela pessoa jurídica tiver sido realizado buscando o alcance de uma atividade intermediária, não que se falar em relação de consumo. Se, entretanto, o contrato houver sido realizado, buscando-se alcançar uma atividade final, deve-se a partir daí, perquirir-se da vulnerabilidade do consumidor. Anote-se, entretanto, que raríssimos serão os litígios envolvendo entidades financeiras, securitárias ou bancárias em que se aplicará o conceito de consumidor contido neste dispositivo legal (art. 2º do CDC), eis que, os conflitos advindos desta espécie de relação jurídica, certamente, apresentar-se-ão circunscritos à proteção contratual, às práticas comerciais e à publicidade enganosa, quando então deverá ser aplicado o conceito exarado pelo art. 29 do CDC.

Cabe discussão quando um financiamento for utilizado no incremento de atividade econômica do consumidor, especialmente, os casos em que for pessoa jurídica a consumidora. O insumo, isto é, o financiamento que vai ser aplicado na atividade econômica do profissional ensejaria a caracterização da relação de consumo?

Para ANTONIO CARLOS EFING (1996), todos os consumidores nessa situação estariam protegidos pelo CDC, visto que as operações bancárias seriam ajustadas por meio de contratos de adesão; restaria desnecessária a identificação

do consumidor destinatário final, uma vez que a proteção contratual já outorgaria ao consumidor a proteção do CDC.

Em sendo o tomador do crédito, pessoa física, mas que o faz para incrementar sua atividade profissional, especialmente quando se tratar de contratos de financiamento agrícola e pecuário em que hipossuficiência e a vulnerabilidade de agricultores e pequenos pecuaristas são flagrantes, os tribunais têm reconhecido o status de consumidor e a aplicação do CDC.

ARNOLDO WALD (1991, p. 7/17) entende de forma diversa. Para ele, não há relação de consumo nas operações de crédito em geral, que não se constituem em aquisição de produtos. WALD admite como susceptíveis de sofrer a incidência do CDC aqueles serviços que se caracterizam como obrigações de fazer, como a locação de cofres e demais serviços congêneres. Somente, neste caso, haveria relação de consumo e, portanto, unicamente, neste caso, seria o cliente, consumidor no sentido dado pelo CDC.

Em todos os lugares do mundo, o crédito ao consumidor é considerado relação de consumo (conforme MARQUES, 2002, p.446). Teria o legislador errado ao não diferenciar “usuários” e consumidores? Teria o CDC errado ao não mencionar expressamente as operações bancárias como gênero de serviços? Não há argumentos que resistam ao menor exame. O cliente, o usuário dos serviços e operações bancárias possui todas as características de consumidor. Consumidor, no sentido do CDC, mais que usuário, mas, que abrange, também, o simples usuário. Apesar das posições contrárias de alguns doutrinadores, mas com o apoio da maioria dela, as operações bancárias como um todo, foram consideradas pela jurisprudência brasileira como submetidas às normas, ao novo espírito do CDC, de boa fé obrigatória e equilíbrio contratual.

Ainda que pessoa jurídica ou profissional utilize-se de operação bancária para incrementar sua atividade profissional, esta estará submetida às regras do

CDC, desde que, esta pessoa jurídica ou profissional demonstre, no caso concreto, sua vulnerabilidade e hipossuficiência na relação contratual com o seu credor. O simples fato do financiamento se tornar um “insumo” da atividade produtiva não caracteriza a relação como submetida às normas gerais do Direito Civil ou do Direito Comercial. Deve-se perquirir, caso a caso, se a relação contratual enquadra-se ou não, nos requisitos exigidos para ser considerada relação de consumo, nos termos do CDC. A situação de vulnerabilidade e de sua hipossuficiência devem ser analisadas para o preenchimento desses requisitos. Caracterizando-se como relação de consumo, deve-se utilizar o CDC, caso contrário, o Direito Civil e o Direito Comercial.

O contrato de conta corrente, hoje existente, é um contrato complexo de depósito e múltiplos serviços. A causa contratual inicial é a guarda ou custódia do dinheiro do cliente através de vínculo, mais ou menos, duradouro com uma instituição bancária. Aos poucos, esse contrato dispõe de vários acessórios, como crédito rotativo, crédito automático de mútuos, cartão de crédito, tornando-se enfim, um contrato múltiplo. Não há dúvida que o cliente/usuário nas relações bancárias é o consumidor definido no CDC, de acordo com os parâmetros definidos anteriormente.

### **1.7 Conceito de fornecedor**

JOSE GERALDO BRITO FILOMENO (2001, p. 39) define o fornecedor com um dos protagonistas da relação de consumo. Diz ainda que:

...ao invés de utilizar-se de termos como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador, ou então genericamente empresário, preferiu o legislador o termo fornecedor, para tal desiderato... Tem-se, por conseguinte, que fornecedor é qualquer pessoa física ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.

Para LEONE TRIDA SENE (2002) :

... são considerados todos quanto propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo desprocurado indagar a que título, sendo relevante, isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia de mesma responsabilização, visto que vital a solidariedade para a obtenção efetiva de proteção que se visa oferecer aos mesmos consumidores.

O fornecedor pode ser público ou privado, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividades de produção ou ainda, as concessionárias de serviços públicos. Abrange tanto os fornecedores nacionais como os estrangeiros que exportem produtos ou serviços, arcando com a responsabilidade por eventuais danos ou reparos, o importador que posteriormente, poderá regredir contra os fornecedores exportadores.

Fornecedores são ainda os denominados “entes despersonalizados”, assim entendidos os que não dotados de personalidade jurídica, exercem atividades produtivas de bens e serviços, como por exemplo, a Itaipu Binacional, um verdadeiro consórcio entre os governos brasileiro e paraguaio para a produção de energia elétrica e que tem regime jurídico *sui generis* (FILOMENO, 2001, P.40).

Portanto, fornecedor pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, que habitualmente, forneça serviços ou produtos, a qualquer título, ao mercado de consumo.

### **1.7.1 Instituições Financeiras**

Apesar de o parágrafo 2º do art. 3º do CDC, expressamente ter incluído na conceituação de serviço, inclusive a *atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*, muito se tem discutido acerca do enquadramento das

instituições financeiras, como fornecedoras nas relações de consumo e, os clientes como consumidores protegidos pelo CDC.

ARNOLDO WALD (1991) elaborou parecer para a FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos) no qual entende que o CDC, entre os produtos referidos no artigo 2º não contemplou o dinheiro e nem o crédito. Entende, ainda, que o conceito de consumidor se restringiria ao conceito de usuário final. Conclui:

.....o CDC não se aplica às operações de produção, poupança ou investimento, ou seja, ... a captação de recursos pelas instituições financeiras sob qualquer forma...nos casos de crédito ao consumidor, nos quais a instituição financeira é interveniente ou participante, em virtude da concessão do crédito vinculado à compra de bem ou à prestação do serviço poder-se-á entender que cabe aplicar-lhe o disposto no artigo 52 da lei, o mesmo não ocorrendo na hipótese de crédito livre ou desvinculado e não se lhe aplicando, de modo algum, as demais disposições da lei do consumidor.<sup>2</sup>

As instituições financeiras procuram manter-se fora do alcance da aplicação de normas de proteção do consumidor, argumentando que seus serviços e produtos não são contemplados pela lei ou que não se enquadram no conceito legal de fornecedor, concluindo que as relações entre bancos/instituições financeiras e seus clientes/usuários não são, relações de consumo.

Os que defendem a tese de ARNOLDO WALD desconsideram o todo do sistema de proteção do consumidor. No entanto, a maioria da doutrina aceita, o enquadramento das instituições de crédito como fornecedores.

Dentro do conceito legal de fornecedor (*caput* do art. 3º do CDC) encontram-se as atividades comumente desenvolvidas pelas instituições financeiras: comercialização de produtos e prestação de serviços.

---

<sup>2</sup> A posição dos bancos encontra-se melhor explicitada no capítulo 5, item 5.1, quando aborda-se a ADIn 2591.



Certamente, toda atividade financeira desenvolvida por qualquer banco visa a obtenção de lucro, caracterizando-se em todos os aspectos a remuneração (direta ou indireta) dos serviços bancários. Em momentos em que o índice inflacionário é baixo, todas as instituições financeiras apelam para a cobrança de taxas em decorrência de qualquer serviço prestado ao consumidor. Os bancos têm sido nos últimos anos, o setor da atividade produtiva que mais têm lucrado em relação ao seu patrimônio. O dinheiro tem-se mostrado como um produto qualquer, desejado e necessário a todas as atividades econômicas sejam elas exercidas por pessoas físicas ou jurídicas. Esse produto *sui generis* também está sujeito ao CDC, na medida em que movimentado pelas relações banco/clientes necessita de proteção à parte mais fraca. A jurisprudência já consolidou o entendimento de que as atividades bancárias são relações de consumo e abrangidas pelo CDC. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de manifestar-se em algumas decisões.<sup>3</sup>

## 1.8 Conceito de Produto

Segundo o § 1º do art. 3º, produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Deve-se salientar que o Código se reporta aos bens que possuem natureza patrimonial e são objeto de direito subjetivo. Não são suscetíveis de tutela do CDC bens como direito ao nome, estado civil, etc. , porquanto não possuem apreciação econômica. Em resumo, para o CDC, produto é qualquer bem, objeto da relação de consumo.

Quanto à sua classificação em móveis ou imóveis, materiais ou imateriais:

a) os imóveis são as coisas que não se podem transportar sem destruição para outro lugar, compreendendo o solo, o que neles se incorpora permanentemente, os objetos usados na exploração industrial do imóvel, no seu aformoseamento ou destinados a torná-los mais cômodos;

---

<sup>3</sup> Recurso Especial nº 57.974-0, tendo como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25.04.95, à unanimidade, decidiu que “os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor.”

b) os móveis são as coisas suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia. Definem-se como bens corpóreos, entre os quais se encontram os semoventes e os móveis em sentido estrito ou coisa inanimadas.

### 1.8.1 Produto de natureza bancária

ANTONIO CARLOS EFING (1996, P.79) leciona:

...especificamente, quanto à conceituação de produto, no que diz respeito aos contratos bancários, a jurisprudência já se manifestou nos seguintes termos no sentido de identificar o produto fornecido pelas instituições financeiras – o dinheiro – e a remuneração deste produto – os juros -, nos seguintes termos: ‘ o conceito de consumidor por vezes se amplia, no CDC, para proteger quem equiparado. É o caso do art. 29. Para efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. O CDC rege as operações bancárias, inclusive o mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo. O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado. Sendo os juros, o preço pago pelo consumidor, nula cláusula que preveja alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio. Sendo a nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie *pleno iure*, viável o conhecimento e a decretação de ofício, a realizar-se tanto que evidenciando o vício (art. 146 CC). É nula a cláusula que impõe representante para emitir ou avalizar notas promissórias (art. 51, VIII, do CDC). Objetivando a desconstituição de cláusulas, em homenagem ao princípio da congruência, deve a sentença ater-se ao pedido. Sentença parcialmente reformada (Ap. 193051216, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Juiz Janyr Dall’Agnol Júnior).’

Assim sendo, também através da conceituação de produto pode ser vislumbrada a relação de consumo entre os bancos fornecedores e sua clientela de consumidores.

ARNOLDO WALD (1991), entende diferentemente. Esse autor parte da diferenciação entre aquisição de produtos e contratação de serviços, como obrigações de dar e de fazer e conclui que as operações de crédito em geral não se constituem em aquisição de produtos, “por não se conceber a possibilidade de ser usado o dinheiro – ou o crédito – por destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela sua própria natureza, à circulação”.

Não nos parece aceitável o argumento de que o dinheiro se constitui em bem destinado a ampla circulação, fugindo, portanto, seu tomador, à

caracterização de destinatário final, pois a contratação de crédito representa perspectiva de utilização dos recursos em atividades próprias, nas quais se consumirão tais recursos ( conforme WAMBIER, 1996, p.127).

LUIZ RODRIGUES WAMBIER (1996, p. 128), complementa:

... O tomador do empréstimo é, então, na hipótese de ausência de cadeia de fornecedores, o destinatário final do recurso tomado do banco, vindo a constituir, por meio do uso do dinheiro, tantas novas relações de consumo quantas sejam as operações de comércio ou de serviços que realize.

A circunstância do usuário/consumidor dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor desses produtos e serviços. Embora o dinheiro, o produto com o qual os bancos trabalham, seja repassado a terceiro em novas relações de consumo, continua ainda sob a proteção das regras consumeristas.

### **1.9 Conceito de Serviço**

De acordo com o § 2º do art. 3º 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 de relações de caráter trabalhista. É importante frisar que o serviço hipoteticamente gratuito, que na verdade recebe remuneração direta ou imbutida em outros custos, está submetida às normas de proteção estabelecidas pelo CDC.

Na esfera pública há serviços que se incluem entre aqueles regulados por este código. Merecem destaque os serviços prestados ao público e em obediência a uma tarifa. Tais serviços (água, esgoto, energia elétrica, operações portuárias, etc) são prestados diretamente pelo poder público ou por intermédio de concessionários.

Conceitua-se serviço como uma atividade humana que é exercida sem vínculo empregatício, por conseguinte, com autonomia, mas sempre remunerada, pois, o serviço gratuito escapa à regulamentação legal.

### **1.9.1 Serviço de natureza bancária**

As atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços aos seus clientes (por exemplo, cobrança de contas de luz, água, e outros serviços ou expedição de extratos), guarda de bens em cofres locados inserem-se no conceito de serviços. O próprio CDC expressamente define serviço como sendo “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” .

Para JOSE GERALDO BRITO FILOMENO (2001, p. 45), as atividades desempenhadas pelos bancos, na prestação de serviços ou na concessão de mútuos ou, então, nos financiamentos para aquisição de bens, insere-se igualmente no conceito amplo de serviços.

Os serviços bancários caracterizam-se como relações de consumo em decorrência de quatro circunstâncias, no dizer de NELSON NERY JUNIOR (2001, p.470):

- a) por serem remunerados; b) por serem oferecidos de modo amplo e geral, despersonalizado; c) por serem vulneráveis os tomadores de tais serviços, na nomenclatura própria do CDC; d) pela habitualidade e profissionalismo da sua prestação.

Desde que os serviços prestados possuam tais características estão, portanto, sujeitos à proteção do CDC.

## **2. A PROTEÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

## 2.1 Contrato de Adesão

Contrato de adesão consiste no contrato firmado através de cláusulas pré-estabelecidas, em que o fornecedor como parte mais forte na relação, impõe sua vontade, de forma unilateral. O consumidor, parte mais fraca na relação contratual, não tem liberdade de discutir as regras contratuais, só restando aceitá-las.

O elemento essencial do contrato de adesão é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e sim, a sua predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por simples adesão ao conteúdo pré-estabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.

Geralmente, a redução de custos impõe às grandes empresas e aos conglomerados financeiros, que se adotem contratos padronizados com cláusulas que as beneficiem em detrimento do princípio da autonomia das vontades na constituição do contrato. Somente grandes empresas, em tomando bens ou serviços, têm condições de impor suas regras na constituição do contrato.

O consumidor comum, hipossuficiente no conhecimento de cláusulas e regras contratuais, desconhecedor de regras abusivas e sem poder de barganha com as grandes empresas, é o usual tomador de produtos e serviços, através de contratos de adesão. O consumidor possui apenas a liberdade de aceitar ou recusar, é um simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado.

As principais características dos contratos de adesão, segundo CLAUDIA LIMA MARQUES (2002, p. 60), são:

...1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

O fenômeno dos contratos de adesão é cada vez mais comum na experiência contemporânea; por exemplo, no domínio dos seguros, planos de saúde, operações bancárias, venda e aluguel de bens, etc. Também as empresas públicas e as concessionárias de serviços públicos empregam esta técnica de contratação em massa.

Até o advento do CDC, pode-se afirmar que o consumidor, era pessoa desamparada perante a economia de massa e o poder econômico público ou privado. O CDC, em seu artigo 54, regula o contrato de adesão, atribuindo diversos limites em seu estabelecimento, com o fim de proteger o consumidor.

O parágrafo primeiro trata apenas da possibilidade inserção de cláusula no formulário, que não retira a condição de contrato de adesão. Qualquer que seja a cláusula acrescentada, dizendo respeito aos elementos essenciais ou acidentais do contrato, permanece íntegra a natureza de adesão do contrato, sujeito, portanto, às regras do Código.

O parágrafo segundo é um mecanismo de proteção a abusividade no contrato de adesão. No caso de existir cláusula resolutória, esta só pode ser alternativa, deixando a escolha ao consumidor, observado o disposto no § 2º do art. 53, isto é, a devolução das quantias pagas, monetariamente atualizadas, descontada a vantagem auferida pelo aderente.

O parágrafo terceiro, coloca como exigência o uso de letras apropriadas na feitura do contrato para melhor análise do contratante. Isto serve tanto para proteger o consumidor como ao fornecedor, porque este último está mais preparado para defender-se das alegações que vier a sofrer. As cláusulas que

estiverem em desacordo com este parágrafo, serão consideradas nulas de pleno direito (art. 51, XV do CDC), pois, o CDC consagrou o princípio da legibilidade das cláusulas contratuais.

O parágrafo quarto é uma complementação do terceiro, assim, as cláusulas limitativas do direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, facilitando ao mesmo o seu conhecimento e compreensão. A contratação em massa deve ser exercida de forma compatível com os princípios fundamentais da ordem econômica, dentre os quais está a defesa do consumidor (art. 170, V da CF).

A Secretaria do Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça, editou as Portarias abaixo discriminadas, que estabelecem o rol de cláusulas abusivas, referidas no art. 51 do CDC. Assim, a Portaria SDE nº 4 de 13.03.98, aditou o elenco de cláusulas abusivas; a Portaria SDE nº 3, de 19.03.99, nova adição ao art. 51; a Portaria SDE nº 3 de 15.03.2001 e a Portaria SDE nº 5 de 27.08.2002, complementando o elenco de cláusulas abusivas nas relações de consumo entre fornecedores e consumidores. O rol do art. 51 do CDC não é exaustivo, sendo que o rol das portarias SDE a complementa; servem de parâmetro para os aplicadores do Direito se orientarem em muitos casos de contratos de adesão. Se a cláusula inserta no contrato infringir o art. 51 e as Portarias SDE, poderá ser considerada nula por decisão do Poder Judiciário. Os contratos de adesão deverão se adequar a essa legislação, sejam às regras do art. 54 como também ao art. 51, complementado pelas Portarias SDE.

## **2.2 Teoria da Imprevisão ou Cláusula *Rebus Sic Stantibus***

O CDC tem como finalidade precípua o equilíbrio das relações contratuais e para tal, criou diversos mecanismos. No art. 6º, inciso V traz uma mudança inédita na teoria geral dos contratos, incluindo como forma protetiva ao consumidor e a manutenção da igualdade dos contratantes, a Teoria da

Imprevisão ou também chamada Cláusula *Rebus Sic Stantibus*. As regras contratuais, na ótica do Código Civil de 1916, são “leis” entre os contratantes, não podendo ser objeto de reforma, na forma do brocardo *pacta sunt servanda*. Com a instituição do inciso V do art. 6º do CDC, o consumidor terá assegurado o direito de requerer a modificação do contrato, se fato superveniente alterar o equilíbrio entre os contratantes, tornando as prestações excessivamente onerosas. Esta revisão contratual pode ser feita, amigavelmente ou ante a recusa da outra parte, através do Poder Judiciário, para que este resolva o litígio e restabeleça o equilíbrio contratual.

O novo Código Civil também conhece da onerosidade excessiva (art. 478), mas exige a prova da “extrema vantagem” para a outra parte, nos contratos de execução continuada ou diferida, em virtude de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, podendo o devedor pedir a resolução do contrato. Essa norma não conflita com o CDC, pois, têm campos de aplicação diferentes, em face de disposição constitucional. A regra do art. 478 será aplicada nas obrigações civis e comerciais e a regra do art. 6º, V do CDC, nas relações de consumo.

### **2.3 Inversão do Ônus da Prova**

O legislador inseriu na legislação consumerista a prerrogativa de colocar o consumidor em equilíbrio, bem como em igualdade com o fornecedor. O ônus da prova caracteriza matéria dispendiosa a ser demonstrada no processo legal. No caso do consumidor, isto era praticamente impossível, tendo em vista, sua posição frágil frente ao fornecedor, que detém o acesso aos meios de prova que interessam à demanda.

O artigo 333, I do CPC impõe ao autor, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito. O CDC trouxe o direito de inverter essa prerrogativa. Fica atribuído ao fornecedor provar a inexistência do direito alegado, ainda que seja o consumidor, o autor da ação. A regra da inversão do ônus da prova não é



regra, mas exceção. Fica a critério da livre e prudente análise do magistrado inverter o ônus da prova. Trata-se de regra de julgamento, não de produção probatória. Assim, o autor não está isento de provas. Simples alegação não faz prova. A inversão do ônus, na verdade tem o condão, em caso de dúvida, e estando presente um dos requisitos adiante mencionados, do magistrado poder decidir pro consumidor.

Para utilizar-se deste direito, o consumidor precisa preencher um dos seguintes requisitos: a hipossuficiência ou a verossimilhança do alegado. Presentes um destes requisitos, é medida de rigor, a inversão do ônus da prova pelo juiz, facilitando a defesa dos direitos do consumidor (art.6º, VIII).

Verossímil é aquilo que tem aparência de verdade, mas não necessariamente o é. Verossimilhança não é mero indício. A alegação do consumidor deverá ter grande probabilidade de ser verdadeira, não bastando sua plausibilidade. Meras conjecturas não têm o condão de inverter o ônus da prova.

Para o magistrado poder analisar a verossimilhança ou não das alegações do consumidor deverá valer-se das máximas de experiência, isto é, do que ocorre normalmente na vida corriqueira. Assim, tomamos o exemplo do mestre NELSON NERY JUNIOR (2001, p. 472):

Como a regras normais da experiência nos dão conta de que a pessoa física que empresta dinheiro ou toma crédito de banco o faz para a sua utilização pessoal, como destinatário final, existe aqui presunção *hominis, juris tantum*, de que se trata de relação de consumo, quer dizer , de que o dinheiro será destinado ao consumo. O ônus de provar o contrário, ou seja, que o dinheiro ou crédito tomado pela pessoa física não foi destinado ao uso final do devedor, é o banco, quer porque se trata de presunção a favor do mutuário ou creditado, quer porque poderá incidir o art. 6º, nº VII, do CDC, com a inversão do ônus da prova a favor do consumidor. Já para os devedores pessoa jurídica, a presunção é de que emprestam ou toma crédito do banco para ser utilizado em sua atividade de produção, Isto é, para aplicar em sua linha de produção, montagem, transformação de matéria prima, aumento de capital de giro,

pagamento de fornecedores, etc. O ônus da prova de demonstrar que emprestou como destinatária final é da pessoa jurídica que celebrou o contrato de mútuo ou crédito com o banco.

A hipossuficiência do consumidor para os fins previstos no art. 6º, inc. VII do CDC deve ser analisada no caso concreto, pelo juiz, segundo critérios comuns da experiência, verificando a existência do necessário equilíbrio entre as partes na relação processual. Caso o magistrado entenda inexistente esse equilíbrio poderá inverter o ônus da prova, com base no requisito. Esta hipossuficiência não deve ser confundida com a hipossuficiência decorrente da vulnerabilidade prevista no art. 4º, I do CDC. Esta não decorre da presunção legal da vulnerabilidade do consumidor, devendo ser demonstrada em termos palpáveis dentro do processo.

Ainda, segundo o art. 38 do CDC, o ônus da prova inverte-se, obrigatoriamente, no caso de responsabilidade pelas matérias publicitárias veiculadas pelo fornecedor. Esta inversão não está na esfera da discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção.

Ressalte-se que tal prerrogativa não retira o princípio da igualdade das partes consagrada pelo art. 5º, inciso I da Constituição Federal, pois os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida da sua desigualdade e tal assertiva se conduz pelo art. 4º, inciso I do CDC (princípio da vulnerabilidade do consumidor).

## **2.4 Dever de Informação**

O fornecedor, sendo a parte mais forte na relação jurídica de consumo, deve, por todos os meios possíveis, demonstrar claramente as características, as cláusulas, as limitações do direito do consumidor, os atributos e todas as

considerações sobre o produto ou o serviço que fornece. Este dever está consubstanciado no art. 4º, IV do CDC – princípio da informação. Esta informação não se restringe ao mero conhecimento superficial, mas ao efetivo conhecimento do objeto de consumo e suas conseqüências fáticas e jurídicas.

O CDC traz explicitamente tal assertiva nos artigos 31, 46 e 54, §§ 3º e 4º. Caso o dever não seja adimplido, o consumidor pode deixar de concluir sua obrigação, além de responsabilizar o fornecedor no caso de vício. Acarreta, ainda, o ônus de provar que o consumidor realmente tomou efetivo conhecimento do avençado (art. 6º, VIII).

## **2.5 Princípio da onerosidade excessiva para o consumidor**

Tendo em vista a efetivação da harmonia entre os direitos e os deveres das partes, preconiza-se a realização da justiça contratual, através da aplicação do princípio da equidade contratual. A onerosidade excessiva ocasiona o desequilíbrio na avença e propicia o enriquecimento sem causa.

O CDC proíbe a utilização de cláusulas abusivas em virtude da natureza cogente de suas normas. Se o consumidor aceitar conscientemente a cláusula abusiva, mas se representar vantagem excessiva para o fornecedor, será contrária à ordem pública, ficando nula de pleno direito, visto que referida cláusula ou condição contratual fora instituída contrariamente à lei.

O CDC tem seu papel saneador, quando configurada a onerosidade excessiva, em três momentos. No primeiro, quando confere direitos ao consumidor e atribui deveres ao fornecedor, na fase pré-contratual e no momento da formação do vínculo. No segundo, quando do aperfeiçoamento do contrato, institui a proibição de utilização de cláusulas abusivas contrárias ao sistema de proteção ao consumidor. Percebe-se, nesses dois momentos, um caráter preventivo do CDC. No terceiro, advindo eventual e superveniente desequilíbrio

contratual, o CDC outorga ao consumidor a revisão das condições anteriormente pactuadas ou a edição de novas cláusulas visando restabelecer o equilíbrio contratual.

## **2.6 Práticas Abusivas**

Por práticas abusivas, entendem-se práticas comerciais, nas quais estão reguladas a oferta e a publicidade e compreendem comportamentos, tanto na esfera contratual como à margem dela, que abusem da boa fé ou situação de inferioridade econômica ou técnica do consumidor. O legislador, no art. 39 do CDC, preocupou-se em estabelecer os critérios concretos para reconhecer o abuso. As condutas abusivas são especificadas no sentido do consumidor identificar o comportamento do fornecedor que incidiu em conduta abusiva.

As hipóteses descritas no artigo 39 do CDC, dizem respeito às práticas abusivas do fornecedor, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. O legislador pretendeu com essa regra, alterar a conduta do fornecedor, influenciando diretamente em circunstâncias que poderiam resultar em dano ao consumidor.

ANTONIO CARLOS EFING (1994, p.121) considera que as hipóteses do art. 39, não representam um elenco taxativo e sim exemplificativo de condutas abusivas, não podendo haver restrições quanto ao enquadramento de outras práticas consideradas abusivas, se em afronta aos princípios adotados pelo CDC.

## **2.7 Cláusulas Abusivas**

A idéia de abusividade está contida nas práticas abusivas e nas cláusulas abusivas. As cláusulas abusivas encontram-se elencadas no art. 51 do CDC. A

proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor.

O legislador percebeu a necessidade de se editar normas protetoras ao consumidor no intuito de remediar os abusos perpetrados pela inserção de cláusulas contratuais em que se refletia a prepotência do contratante economicamente mais forte. O critério do CDC para enumeração das cláusulas abusivas no art. 51, foi informado pela experiência recolhida tanto na jurisprudência brasileiros dos últimos anos, especialmente quanto aos contratos de adesão, quanto dos casos mais freqüentes que passaram pelos órgãos de proteção do consumidor, notadamente pelos PROCONs e pelo Ministério Público. Ela resultou na edição das Portarias SDE, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, já comentadas anteriormente. Esse rol é um parâmetro para os aplicadores do Direito no que se refere às cláusulas abusivas do art. 51 do CDC.

O controle sobre cláusulas abusivas pode limitar-se à formação das cláusulas contratuais, quando compreenderá o controle sobre o consentimento. Poderá também recair sobre o conteúdo do contrato, quando se pretende a razoabilidade da proporção entre as prestações. No art. 51 do CDC, o legislador contemplou diversas cláusulas abusivas, sancionando todas elas com a nulidade de pleno direito, isto é, não sanáveis pelo juiz. Não estabeleceu graus de invalidade entre elas, tampouco as tratando como causas de ineficácia da relação jurídica de consumo.

As cláusulas que possam representar onerosidade excessiva para o consumidor, que não observarem o princípio da boa fé e que não estejam inseridas no rol do art. 51, são passíveis de modificação, por se tratar de prerrogativa do consumidor outorgada pela lei.

Configurada uma cláusula como abusiva, em caso de abuso de direito como consequência de cláusula contratual, o Poder Judiciário poderá intervir para efetuar a revisão do contrato, modificando a referida cláusula. O Poder Judiciário sobrepõe-se à vontade das partes para o estabelecimento do equilíbrio entre direitos e obrigações. No entanto, nas hipóteses do art. 51, estas são atingidas de nulidade, impondo ao juiz a aplicação da respectiva norma, não lhe cabendo a prerrogativa de sanar o conteúdo do contrato.

NELSON NERY JUNIOR (2991, p. 466) leciona a respeito:

....restou superado o entendimento de que as nulidades de pleno direito independem de declaração judicial para se fazerem atuar no ato ou negócio jurídico, em contraposição às nulidades absolutas, que precisam de pronunciamento judicial para produzirem seus efeitos de invalidação do ato ou negócio jurídico. Do mesmo modo, não há lugar para falar-se, no sistema do CDC, em nulidade absoluta e nulidade relativa de cláusulas contratuais abusivas. No regime jurídico do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a *ordem pública de proteção do consumidor*.

### **3. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E CONTRATOS BANCÁRIOS**

#### **3.1 Instituição financeira – breves considerações**

As instituições financeiras ou bancos são estabelecimentos em que a atividade típica é a intermediação de recursos monetários, ou seja, dinheiro. Sua função na economia é o de um agente de intermediação, captando recursos excedentes e disponibilizando-os para setores deficitários da economia como um todo.

Os bancos surgem com o aparecimento da moeda na Antiguidade. Estudos realizados revelaram que em antigas civilizações, como na babilônica e na fenícia, havia pessoas se dedicando a essa atividade intermediadora. Desde a origem, a intermediação de dinheiro esteve ligada ao comércio; suas funções

principais eram facilitar trocas de moedas diferentes e proporcionar segurança na sua guarda ou transporte. A necessidade do comércio e a função dos bancos estavam atreladas de tal forma que explicam a expansão da atividade bancária a partir do renascimento comercial no séc. XI. Veja-se o que leciona HUBERMAN (1978, p.33/34):

...Esses trocadores de dinheiro representavam parte tão importante da feira que, tal como havia dias especiais dedicados à venda de fazendas e peles, os dias finais da feira eram consagrados a negócios em dinheiro. As feiras tinham, assim, importância não só por causa do comércio, mas porque aí se efetuavam transações financeiras. No centro da feira, na corte para troca de dinheiro, pesavam-se, avaliavam-se e trocavam-se as muitas variedades de moedas; negociavam-se empréstimos, pagavam-se dívidas antigas, letras de crédito e letras de câmbio circulavam livremente....Suas operações cobriam negócios que se estendiam através de todo um continente, de Londres ao Levante....Negociar em dinheiro levou a conseqüências tão grandes que passou a constituir uma profissão separada.

Ao longo dos séculos XVI e XVII, poderosíssimas casas bancárias foram surgindo em Gênova, Veneza, Milão e Amsterdã. No Brasil, a vinda da Família Real em 1808, proporcionou desenvolvimento econômico antes nunca visto. O príncipe regente Dom João, fundou em 12 de outubro de 1808, o Banco do Brasil.

Em 1838, foi fundado o primeiro banco de iniciativa privada: o Banco Comercial do Rio de Janeiro, cuja principal fonte de riqueza e investimento era o comércio de escravos. Após surgiram o Banco Comercial da Bahia, Banco Comercial do Maranhão e Banco Comercial do Pará.

Com a Lei Euzébio de Queiroz, em 1850, limitando o comércio escravocrata, os investimentos tiveram que ser diversificados. Os bancos e as operações bancárias não tinham legislação especial, sendo aplicadas as normas gerais de direito civil, comercial e penal, inclusive regras de usos e costumes. Em 1850 foi criado o Decreto 737 que incluiu entre os atos de comércio, as operações bancárias. Somente após a 1ª. Guerra Mundial, criou-se uma regulamentação específica para os bancos, instituindo um ramo novo do direito, chamado Direito Bancário.

Hoje, o sistema financeiro brasileiro na forma determinada pelo art. 192 da Constituição Federal é regulado, principalmente, pela Lei nº 4595 de 31.12.64, Lei nº 4728 de 14.07.65, D.L. nº 167/67, D.L. nº 413/69, Lei nº 6.385, de 07.12.76, Lei nº 6380/80, Lei nº 7.492 de 16.06.1986. O artigo 192 da Constituição Federal foi modificado pela Emenda Constitucional nº 40 de 29.05.2003 e enquanto não forem editadas leis complementares, as normas já existentes continuam em vigor, pelo princípio da recepção, como leis complementares.

### 3.2 Contratos Bancários

Contratos bancários são as operações que envolvem a função intermediadora dos bancos com a moeda. São os instrumentos jurídicos utilizados tanto para captação como para fornecimento. Na lição de FABIO ULHOA COELHO (2001, p. 115), “em outros termos, são os contratos que só podem ser celebrados com um banco”. Conceituar contrato bancário é tarefa árdua e não há unanimidade entre os autores.

Para FABIO ULHOA COELHO (2001, p. 115):

...São os contratos que viabilizam a função intermediadora dos bancos. De acordo com a lei, a atividade de intermediação de moeda é exclusiva de sociedades empresárias revestidas da forma de companhias e especificamente autorizadas a operar pelo Banco Central, se nacionais, ou pelo Presidente da República, quando estrangeiras (Lei n.4.595/64-LRB – arts. 17 e 18) ... Contratos bancários, assim, são os veículos jurídicos da atividade econômica de intermediação monetária, encontrados tanto no pólo da captação (recolhimento de *superávits*) como no de fornecimento (cobertura de *déficits*) .... A participação necessária de um banco em pelo menos um dos pólos da relação contratual é, assim, da essência do contrato bancário.

SERGIO CARLOS COVELLO (1991, p. 45/47) afirma que se podem adotar dois critérios fundamentais na conceituação de contratos bancários: 1) o critério subjetivo, sendo contrato bancário aquele realizado por um banco; 2) o critério objetivo, pelo qual é contrato bancário aquele que tem por objeto a intermediação do crédito. Os dois critérios sozinhos são insuficientes. Primeiro, porque o banco realiza contratos que não são bancários, como de locação, prestação de serviços,



etc ; segundo, porque o particular também pode realizar operação creditícia sem que se configure como bancária. Adota então, uma concepção sincrética para conceituar contrato bancário como "...o acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito."

Parece mais adequada a utilização do critério subjetivo com um "plus", sendo contrato bancário aquele em que o sujeito banco atua como comerciante, ou ainda como empresário, no exercício da mercancia enquanto profissão habitual.

### **3.3 Natureza dos contratos de crédito bancário**

Os diversos tipos de contratos de crédito bancário refletem a natureza de contratos de adesão. Os instrumentos são previamente impressos e uniformes para todos os clientes, deixando apenas alguns claros para o preenchimento, destinado ao nome, a fixação do prazo, do valor e dos juros.

As cláusulas refletem a unilateralidade na determinação das condições. Como leciona ARNALDO RIZZARDO (2000, p. 21):

Em verdade, não se reserva espaço ao aderente para sequer manifestar a vontade. O banco se arvora o direito de espoliar o devedor. Se não adimplir a obrigação, dentro dos padrões impostos, será esmagado economicamente. Embora não fixadas as taxas de correção monetária e de juros, as quais são totalmente aleatórias, pretende-se sejam submissamente acatadas pelo mutuário.

Como aderente de um contrato, recebe o instrumento pronto, incumbindo-lhe tão unicamente aceitar ou rejeitar as regras e condições estabelecidas. De modo geral, o interessado sequer lê as cláusulas impressas, por várias razões, como falta de tempo, confiança que deposita no banco, imprudência, premência em ter o dinheiro à disposição, etc. Se as lê, não as entende e nem se acha capacitado para entender o significado jurídico. Se concluir por discordar de

alguma das imposições, não obterá resultados práticos porque não tem acesso aos responsáveis do banco. A liberdade do cliente oscila entre aceitar ou rejeitar.

### **3.4 Classificação dos contratos bancários**

A mais conhecida das classificações é aquela que os divide em contratos bancários típicos e contratos bancários atípicos. Os contratos bancários típicos são aqueles que se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos. Os contratos típicos se subdividem em ativos e passivos, conforme o banco assuma, respectivamente, a posição de credor ou devedor da obrigação principal. São atípicos, os que o banco realiza para prestação de serviços.

Afirma FABIO ULHOA COELHO (2001, p. 116):

De um lado, as típicas (ou exclusivas), que dizem respeito à atividade bancária, tal como legalmente definida; de outro, as atípicas (ou acessórias), pertinentes à prestação de serviços correlatos....São exemplos de operações atípicas a cobrança de obrigações (recebimento de carnês e contas) e a guarda de bens não monetários (aluguel de cofre).

A atuação bancária se desenvolve na sua esmagadora parte, em importância e quantidade, sobre os contratos típicos. Estes podem ser ativos e passivos, conforme o banco assuma, respectivamente posição de credor ou devedor da obrigação principal, isto é, o pólo ativo ou passivo. As operações passivas têm por objeto a captação de recursos junto à coletividade pelo banco, dos quais necessita para processar sua atividade. Já as operações ativas concedem crédito aos clientes com recursos arrecadados de outros clientes mediante operações passivas.

Os contratos de crédito ou contratos típicos assumem, além da classificação em ativos e passivos, outras classificações, segundo doutrina liderada por GARRIGUES, classificação essa citada por DELTAN MARTINAZZO DALLAGNOL (2003):

- a) segundo a natureza do devedor, pode ser público ou privado;
- b) segundo a duração, em de curto, médio e longo prazos. De curto prazo, o de liquidez, normalmente para capital de giro, de até 360 dias, mais freqüentemente realizado até 120 dias; de médio prazo vai até cinco anos e o de longo prazo, normalmente são de investimentos pesados, excedendo cinco anos;
- c) segundo a natureza da garantia, real (sobre bens móveis e imóveis) e pessoal (sobre o patrimônio todo de uma pessoa de confiança do garantido);
- d) segundo o destino dos bens financiado, de produção e de consumo.

#### **4. CONTRATOS BANCÁRIOS EM ESPÉCIE**

##### **4.1 Depósito bancário**

O depósito bancário enquadra-se como operação bancária passiva, porquanto representa um ônus, uma obrigação para a instituição financeira, que deverá restituir o bem depositado quando a parte depositante manifestar a vontade nesse sentido. Segundo CLÓVIS BEVILAQUA, é o contrato pelo qual “uma pessoa recebe um objeto móvel alheio, com a obrigação de guarda-lo e restituí-lo em seguida”. (RIZZARDO, 2000, p. 28/29).

A pessoa que entrega coisa para guardar denomina-se depositante, quem a recebe e incumbe-se de restituí-la, chama-se depositário. A palavra depósito expressa, não apenas, o contrato propriamente dito, mas igualmente a própria coisa depositada ou o objeto do contrato.

No entendimento de ARNALDO RIZZARDO (2000, p. 29), não há depósito sem a tradição da coisa depositada, o que a caracteriza como contrato real. O segundo elemento é a natureza móvel do bem depositado. Basicamente, apenas as coisas móveis podem ser objeto de depósito, apesar da existência do

seqüestro e do depósito judicial de imóveis. O terceiro elemento é a guarda do bem. A finalidade determinante da espécie em exame é a guarda. Não se impede o uso, embora não seja o objeto principal do contrato. Requer-se, ainda, a restituição da coisa. No próprio ato de depósito está subentendido o dever de restituição no termo prefixado. A desobediência a esta obrigação traz graves sanções civis e penais, inclusive com a decretação da prisão, se caracterizar-se o quadro de depositário infiel.

O contrato de depósito bancário, geralmente, está atrelado a outro contrato denominado *abertura de conta de depósito* ou de *depósito em conta corrente*. Nesta conta corrente são feitos os lançamentos que representam todas as movimentações, desde o próprio depósito, as retiradas, até novas entradas, ordens de pagamentos, transferências, taxas para manutenção de conta, etc. Na conta corrente, o banco é mero registrador de lançamentos, recebendo dinheiro ou pagando dentro das disponibilidades da conta. É atividade secundária, que se insere dentro de outra relação jurídica negocial, e se presta a uma futura prestação de contas.

A natureza jurídica do contrato de depósito bancário tem suscitado discussões. ARAMY DORNELLES DA LUZ (1999, p.92) considera o depósito de dinheiro um mútuo ou uma transferência de propriedade:

O fato do dinheiro ser coisa fungível e consumível e o seu depósito propiciar ao depositário uso e consumo – justamente por ser depositário um banqueiro e coincidentemente ser a coisa depositada sua mercadoria – induziu juristas a enxergar no depósito bancário um verdadeiro mútuo.

Esse caráter de transferência de propriedade se acentua porque se há um contrato de conta corrente, usa-se a compensação com outros créditos e débitos e apaga-se sua identidade, representada pelo saldo disponível. Perde, por esta forma, sua característica de coisa autônoma, individuada, para se transformar numa entidade abstrata denominada crédito. Desaparece o depósito, dele se originando o crédito. Nessa transformação, o valor depositado passa à propriedade do depositário.

No entanto, subsiste a obrigação de restituir, de devolver tão logo seja exigido. Além disso, o fato de que, a qualquer momento pode ser pedido o resgate, o uso concedido ou implicitamente autorizado é precário, retirada da plena disponibilidade. No plano concreto, sabe-se que as instituições financeiras aplicam o dinheiro depositado. Todos os ingressos formam o montante que, calculado numa média periódica de tempo, servem para estabelecer o quantitativo das aplicações a serem realizadas. O dinheiro depositado não permanece inerte, parado ou guardado em um cofre. É investido, aplicado, emprestado, trazendo retorno ou o acréscimo dos juros cobrados. O banco ao receber o depósito, incorpora-o ao volume de depósitos disponíveis, dele se apossando como se fosse seu próprio dinheiro, a qual entra nas disponibilidades dos investimentos ou aplicações que realiza.

#### **4.1.1 Certificados de depósito bancário**

Os certificados de depósito bancário, mais conhecidos como CDB, são documentos de depósito à prazo, negociáveis, que a pessoa física ou jurídica faz junto ao banco por prazo determinado, concedendo-se ao favorecido, juros e correção monetária, pactuados. O certificado de depósito bancário é um documento que somente pode ser exercitado mediante a apresentação do título, assim, o banco obriga-se a restituir, pagando a quantia depositada e seus juros.

#### **4.2 Empréstimo bancário**

O empréstimo bancário identifica-se com o mútuo comum, regrado pelo Direito Civil. O mútuo se caracteriza pela entrega que alguém faz a outrem de uma certa quantidade de coisas fungíveis, para que a consuma, comprometendo-se este a devolver, no prazo e forma avençados, não as próprias coisas recebidas, mas coisas ou bens equivalentes em quantidade, qualidade e gênero. É o que encontramos no art. 586 do Código Civil.

O empréstimo bancário constitui um mútuo, concedido por uma entidade submetida à disciplina da Lei n. 4595/64. É uma das operações centrais da atividade bancária. Na sua função intermediadora no crédito, ou dispendo simplesmente de seu próprio capital, o banco empresta dinheiro habitual e profissionalmente, angariando com isso rendas, comissões, taxas pela prestação do serviço e juros moratórios, no caso de inadimplemento do devedor.

Segundo ARNALDO RIZZARDO (2000, p. 39), há autores que acreditam que a natureza do contrato é determinada pela pessoa que figura como mutuário. Assim, seria regida pelas leis comerciais a relação desenvolvida com pessoas comerciantes; pela lei civil quando o tomador do empréstimo é particular ou pessoa física. O contrato é real, porquanto o mútuo necessita para se concretizar, da efetiva entrega do dinheiro, ou da *traditio*, com a posterior restituição no vencimento do prazo estipulado. É, outrossim, unilateral no sentido de que as obrigações recaem apenas na pessoa do mutuário, tão logo lhe seja entregue o dinheiro. A obrigação básica consiste na devolução da coisa no mesmo gênero, quantidade e qualidade, acrescida de juros, das comissões e taxas combinadas.

A relação contratual é onerosa, pois, o banco não pode transferir fundos sem cobrar remuneração e os juros. Trata-se de um contrato nominativo, possui regulamentação própria e sua instrumentalização é sempre escrita. Geralmente, o crédito instrumentaliza-se mediante assinatura de formulários adrede impressos, no qual as cláusulas estão já definidas, num típico contrato de adesão. Quem contrata com um banco, só tem a possibilidade de aceitar em bloco as condições impostas ou rejeitá-las em sua totalidade, não se aperfeiçoando o contrato.

Aprovado o pedido de empréstimo, com o exame da finalidade a que se destina o financiamento ou o valor solicitado, bem como análise da ficha cadastral, o banco libera o montante, creditando-o em conta corrente do cliente.

Há várias modalidades de empréstimos bancários. De acordo com a destinação, classificam-se os empréstimos em pessoais ou comerciais. Os primeiros são concedidos às pessoas físicas e a finalidade é o consumo, ou o atendimento de necessidades pessoais ou familiares. As comerciais visam incrementar a atividade comercial ou industrial dos estabelecimentos.

### **4.3 Abertura de crédito**

Trata-se de uma espécie do gênero mútuo bancário, em que o banco deixa em aberto o crédito para que o cliente movimente este montante; através de créditos e débitos em conta corrente, a instituição financeira controla os lançamentos, cobrando juros remuneratórios em caso de saldo devedor e outras taxas.

Os doutrinadores definem como:

...o contrato pelo qual o banco ou credente se obriga a colocar uma importância em dinheiro à disposição do creditado, ou a contrair por conta deste uma obrigação, para que ele mesmo faça uso do crédito concedido na forma, nos termos e condições que foi convencionado, ficando obrigado o creditado a restituir ao credente as somas que dispôs, ou a cobri-las oportunamente, de acordo com o montante das obrigações contraídas, incluindo os rendimentos e outras decorrências. (RIZZARDO, 2000, p. 29).

A abertura de crédito supõe disponibilidade; no entanto, não corresponde à titularidade do creditado a um valor concedido pelo banco, mas sim, a um compromisso de subsequente entrega de um montante em dinheiro em caso de necessidade por parte do creditado. Portanto, não pressupõe a entrega imediata da quantia em dinheiro mediante acerto contratual.

Como leciona ANTÔNIO CARLOS EFING (1994, p.132): “ o aperfeiçoamento do contrato de abertura de crédito decorre do consenso entre as partes, assumindo o Banco o compromisso de prestar o crédito ao creditado, podendo o credente exigir a concretização de dada prestação.”

O contrato de abertura de crédito pressupõe em um determinado momento, a sua resolução. Ele poderá se extinguir pelo termo, isto é, o desfazimento da relação jurídica pelo advento do termo estabelecido em contrato. Se porventura não se convencionou um prazo em contrato, admite-se a denúncia pelo banco ou renúncia por parte do cliente.

Esse tipo de contrato, diante do direito de consumo, afigura-se como aquele em que o banco fornecedor coloca à disposição do cliente consumidor determinado crédito a ser utilizado por este em conformidade com as condições ajustadas entre as partes. Nesse caso, fica evidente o caráter bilateral do contrato e não poderá o fornecedor, unilateralmente, alterar as condições pactuadas, especialmente quanto ao crédito fornecido ao consumidor/creditado, vencimento das obrigações, garantias, etc.<sup>4</sup>

#### **4.4 Desconto bancário**

O contrato de desconto de títulos é aquele no qual o banco antecipa o valor de um crédito contra terceiro, ainda não vencido, em favor do cliente (descontário), “deduzindo desse valor a importância correspondente às despesas e juros pelo espaço intercorrente desde a data da antecipação à do vencimento.” (COVELLO, 1991, p. 273).

Através de endosso, o banco se torna proprietário do crédito, ou ainda através de cessão. No caso de não pagamento, o banco poderá requisitar uma cobrança junto ao descontário, anterior detentor do crédito. O banco recebe os documentos (duplicatas, notas promissórias etc.) devidamente endossados ou

---

<sup>4</sup> Os tribunais têm reconhecido a imperatividade da instituição financeira ao promover a execução extrajudicial do contrato (saldo devedor) contra o consumidor instruírem o seu pedido com demonstrativo de débito, obedecendo rigorosamente as condições pactuadas. Neste sentido: CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – Cheque Especial – Execução inadmissível – valor cobrado superior ao contratado – Irrelevância de estar acompanhado de extrato de conta corrente – Documento unilateralmente elaborado que não pode ser qualificado como demonstrativo de dívida líquida e certa – Declaração de voto (RT 697/166)



cedidos pelo descontário que passam à sua posse; no vencimento, tornam-se exigíveis do devedor principal (conforme RIZZARDO, 2000, p. 83).

Não se deve confundir contrato de desconto de títulos. com contrato de faturização ou “factoring”. O primeiro é realizado exclusivamente por instituições financeiras e o segundo, é o meio pelo qual um comerciante cede a outrem os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros recebendo determinada remuneração (conforme EFING, 1994, p. 141).

O cliente consumidor e o banco, também, podem contratar desconto de títulos sendo que o primeiro transfere mediante endosso, a propriedade do título de crédito ao banco e, este recebe a importância em dinheiro no vencimento do título, respondendo o consumidor, subsidiariamente, pela solvabilidade do título.

#### **4.5 Crédito rural**

O financiamento da atividade rural visa o custeio, o investimento, a comercialização e a industrialização do setor agropecuário. A finalidade é incrementar a produtividade agrícola, tendo em vista a rentabilidade da exploração financiada, ao melhoramento das práticas rurais e melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores rurais.

A concessão de crédito rural destina-se aos produtores rurais e suas cooperativas, pessoas físicas ou jurídicas.

##### **4.5.1 Cédula de credito rural**

Segundo FRAM MARTINS (1998, p. 211):

A lei define a Cédula de Crédito Rural como uma “promessa de pagamento em dinheiro, sem ou com garantia real cedularmente

constituída" (art. 9º). Desse modo, ao subscrever uma dessas cédulas, o financiado promete pagar em dinheiro a importância que lhe é mutuada, podendo essa obrigação contar ou não com garantia real. O importante é que a garantia seja constituída cedularmente, independente de documento separado.

O Decreto Lei nº 167/67 regula quatro modalidades de cédulas de crédito rural: a Cédula Rural Pignoratícia, a Cédula Rural Hipotecária, a Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária e a Nota de Crédito Rural. Os três primeiros gozam de garantia real, de bens móveis ou imóveis, só a Nota de Crédito Rural tem apenas garantia fidejussória.

As cédulas têm características comuns a outros títulos de crédito em geral, possuindo, contudo, outras características que lhes dão uma configuração própria. Assim, o direito real que poderá garantir a operação será constituído no mesmo documento em que o financiamento é concedido, não sendo realizada duas operações, uma de empréstimo e uma outra, de oferecimento de bens em garantia do cumprimento da obrigação. Os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos pela cédula não serão penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante.

Também, não se aplica o princípio da literalidade às cédulas, porquanto, o financiado pode não ter levantado todo o crédito deferido, daí, o título pode ser exigível por importância diversa da constante no documento. Além disso, a inadimplência de qualquer obrigação, convencional ou legal, do emitente do título, ou de terceiro que presta garantia real, importa no vencimento da cédula. Ainda, a cédula poderá ser aditada e ratificada, sendo permitida a amortização periódica e as prorrogações de vencimento (conforme FRAM MARTINS, 1998, p. 213).

Embora todas as espécies de cédulas sejam, pela legislação, de emissão obrigatória do financiado (agricultor, pecuarista, cooperativa, sericicultor, piscicultor, apicultor, etc.), na prática, quem estabelece e redige a cédula é o próprio banco. O financiado, geralmente, não tem conhecimento jurídico para

emitir tais cédulas. Assim, as cláusulas são apostas, muitas vezes, à revelia do próprio financiado.

#### **4.5.2 Cédula rural pignoratícia**

A cédula rural pignoratícia, regulada pelo Decreto Lei nº 167/67, possui caráter de título formal, devendo conter os requisitos exigidos na norma legal.

Uma das características da cédula é a garantia, isto é, o penhor da safra, da máquina ou semovente financiado que é constituído cedularmente, significando que será constituído no próprio documento emitido pelo devedor, que no mesmo, nomeará o credor, incluindo sempre a cláusula à ordem. Outra característica é que os bens dados em garantia, ao contrário do penhor comum, em que há sempre a tradição da coisa para o credor, continuam na posse do devedor ou da pessoa que ofereceu a garantia, que responderá pela guarda dos bens como fiel depositário (conforme MARTINS, 1998, p. 218).

Os bens empenhados não poderão, antes da liquidação da cédula, ser removidos da propriedade mencionada, sob qualquer pretexto e para onde quer que seja, a não ser com o consentimento, dado por escrito, do credor pignoratício.

A cédula deve ser inscrita no Serviço de Registro de Imóveis do local onde se encontra o imóvel de localização dos bens empenhados para ter eficácia contra terceiros; se a cédula for emitida por cooperativa, a inscrição será feita no Serviço de Registro de Imóveis do domicílio do emitente.

#### **4.5.3 Cédula rural hipotecária**

A cédula rural hipotecária é muito semelhante a anterior, distinguindo-se, pela garantia oferecida, no caso, o imóvel, nele compreendido, também, as

construções, terreno, maquinismos, instalações e benfeitorias existentes, constituindo-se a hipoteca no próprio instrumento. Podem ser objeto de hipoteca cedular, imóveis rurais ou urbanos (conforme MARTINS, 1998, p. 220).

Quaisquer acessões ou melhoramentos realizados no imóvel hipotecado, após a emissão da cédula aderirão à hipoteca, integrarão a garantia dada ao credor e, uma vez aderidos, não poderão ser alterados, retirados ou destruídos sem o consentimento do credor hipotecário. Da mesma forma, a cédula rural hipotecária deverá ser inscrita no Serviço de Registro de Imóveis da situação do imóvel, para ter eficácia contra terceiros.

#### **4.5.4 Cédula rural pignoratícia e hipotecária**

Uma mesma cédula poderá conter garantia de bens móveis e imóveis e a ela se aplicam as disposições legais relativas ao penhor e a hipoteca cedular. Como preleciona FRAM MARTINS (1998, p. 221):

Naturalmente o credor ficará mais garantido com a Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária, pois se avolumam os bens oferecidos em garantia real dando, assim, maior segurança quanto ao recebimento das importâncias mutuadas.

Como os bens dados em garantia podem estar em diferentes lugares, a inscrição dessa cédula é feita no Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição da situação do imóvel hipotecado e da situação do imóvel de localização dos bem empenhados.

#### **4.5.5 Nota de crédito rural**

A nota de crédito rural é uma cédula rural em que não há garantia real; a emissão e utilização dependem, apenas, do crédito pessoal do emitente. Nesse aspecto, aproxima-se dos créditos que levam em conta a confiança pessoal. A

garantia é fidejussória. Para ter eficácia contra terceiros, a nota de crédito rural deverá ser inscrita no Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição da situação do imóvel, cuja exploração esteja sendo financiada.

#### **4.5.6 Nota promissória rural**

O Decreto Lei nº 167/67 regula a nota promissória rural, a ser usada nas operações de natureza rural como título de crédito. Pode ser emitida por produtores rurais e suas cooperativas.

FRAM MARTINS (1998, p. 224/225) ensina:

...entende-se que, havendo uma venda a prazo, de bens de natureza agrícola, extrativa ou pastoril, efetuada diretamente por produtores rurais, o comprador poderá emitir uma Nota Promissória Rural para que o produtor, descontando-a, haja imediatamente a importância da venda, que só lhe seria paga decorrido o prazo ajustado. Procurou, assim, o legislador facilitar as atividades do produtor agrícola, pastoril ou de bens de natureza extrativa, permitindo que o comprador lhe forneça um documento capaz de ser descontado, como título de crédito, de importância representativa daquela venda.

Como título de crédito, a nota promissória rural circula através de endosso; ao ser feito o desconto da mesma em estabelecimento bancário, o endosso do tomador, que é o produtor, acarreta responsabilidade subsidiária para este, como acontece com os endossos em geral. Isso tem gerado muita insatisfação entre os produtores que muitas vezes são chamados a efetivar essa responsabilidade, por falta de cumprimento da obrigação por parte do emitente da notas promissória rural.

#### **4.6 Crédito Industrial**

O crédito industrial tem por objetivo investir na atividade industrial, apoiando iniciativas com financiamentos a pessoas físicas e jurídicas. Foram instituídos instrumentos de crédito que possibilitam esses financiamentos ou empréstimos à atividade industrial.

O Decreto-Lei nº 413/69, criou as cédulas de crédito industrial e a nota de crédito industrial. Geralmente, são financiamentos de médio e longo prazo com juros menores que os empréstimos normais de curto prazo. Tratando-se de investimentos à indústria, cujo período de maturação é bastante longo, o retorno dos mesmos só se dá a longo prazo, havendo, então, apenas interesse das instituições financeiras que operam a médio e longo prazos ou que possuem capacidade para tanto. Leva-se em conta a importância do investimento para a coletividade como um todo, o que faz exsurgir o interesse público. Daí, não visar, exclusivamente, o lucro e contar, não raramente, com o subsídio do próprio governo.

#### **4.6.1 Cédula de crédito industrial**

Trata-se de uma promessa de pagamento em dinheiro, com garantia real, cedularmente constituída. A garantia poderá ser penhor, a alienação fiduciária ou a hipoteca. Podem ser objeto de penhor cedular, as máquinas e aparelhos utilizados na indústria; as matérias primas empregadas no processo produtivo, inclusive embalagens; animais destinados à industrialização de carnes, pescados, seus produtos e sub-produtos; veículos automotores, animais de trabalho, embarcações, instrumentos, equipamentos; letras de câmbio, promissórias, duplicatas, conhecimentos de embarque, ou conhecimentos de depósito, unidos aos respectivos warrants, etc.

Quanto à hipoteca, podem ser objeto os bens imóveis, suas construções e benfeitorias acrescidas aos imóveis na vigência da cédula, os quais uma vez

realizados, não poderão ser retirados ou destruídos, sem o consentimento do credor.<sup>5</sup>

A lei considera a cédula de crédito industrial um título de crédito, líquido, exigível e certo; exigível pela soma nele constante ou do endosso, além de juros, comissão e mais despesas que o credor fizer quanto à segurança, regularidade e realização do direito creditório. Sendo um título à ordem, a sua transferência será pelo endosso, devendo constar a importância pela qual a cédula é transferida.

Para ter eficácia contra terceiros, deverá ser inscrita no Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição da situação dos bens dados em penhor cédular ou em alienação fiduciária, ou na circunscrição da situação do bem imóvel dado em hipoteca.

#### **4.6.2 Nota de crédito industrial**

A nota de crédito industrial não é baseada em garantia real; trata-se, assim, de promessa de pagamento em dinheiro, com garantia pessoal do emitente, destinando-se a importância a fins industriais. Geralmente, são financiados capitais de giro para empresas industriais, a médio prazo. As atividades industriais de maior interesse social podem ser contempladas por instituições financeiras oficiais para receber crédito dessa modalidade com juros menores que os de mercado. À nota de crédito industrial se aplicam as disposições reguladoras da cédula de crédito industrial, exceto as referentes às garantias e à inscrição.

#### **4.7 Crédito Comercial**

O empresário busca fontes de financiamento para suas atividades e entre as possíveis formas de financiamento disponíveis, estão as Cédulas de Crédito à

---

<sup>5</sup> Conforme Art. 25 do Decreto Lei nº 413/69.

Exportação e a Nota de Crédito à Exportação, instituída pela Lei nº 6.313/75 e Cédula de Crédito Comercial e Nota de Crédito Comercial, criadas pela Lei nº 6.840/80. Assim, se assemelham em características com as cédulas e notas de crédito industriais. A primeira, como incentivo à exportação e a segunda, como financiamento comercial.

## **4.8 Crédito Habitacional**

O contrato de mútuo para aquisição de casa própria cuida do crédito que é aberto com o fim específico de ser aplicado na construção de casas ou de edifícios de apartamentos, destinados às pessoas sem moradia. Tal objetivo é buscado pelas leis nº 4.380/64 e Decreto Lei nº 70/66: as aplicações do sistema terão por objeto, fundamentalmente, a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes (conforme RIZZARDO, 2000, p. 118).

### **4.8.1 Características**

É um típico contrato de adesão. Apresenta-se com cláusulas uniformes, definidas pelo agente financeiro, não dando espaço para o princípio da autonomia da vontade, quer quanto à determinação de seu conteúdo quer quanto a escolha do outro contratante. As condições apresentam-se impressas, antecipadamente, não se aceitando discussão acerca das regras contratuais.

Segundo ARNALDO RIZZARDO (2000, p. 119):

Um dos contratantes exerce um monopólio de fato ou de direito, em relação a serviços essenciais existentes na sociedade, estando o outro praticamente obrigado a contratar nas condições fixadas pela empresa dominante em determinada área de atividades.

Nesse tipo de contrato, o mutuário não tem a faculdade de discutir com a outra parte o conteúdo, estabelecido, previamente, em contratos padrões. Cabe a



ele subordinar-se e aceitar, aderindo a essas condições preestabelecidas, para ter financiada a aquisição da moradia pretendida.

O Poder Executivo é quem formula a política de reajustamento das prestações e estabelece as taxas ou os índices de correção monetária da moeda. Logo, fica ao arbítrio de uma das partes o encargo de definir os montante dos reajustes. Até 1994, em decorrência da inflação que grassava na economia, os aumentos para compensar tal defasagem, eram cada vez mais aleatórios, fora de qualquer previsão. De modo que, os brasileiros encontravam-se diante de um impasse intransponível. A forma de cálculo dos índices nunca se mantinha objetivamente.

Até hoje, o mutuário nada discute, ele adere ao contrato na forma estipulada pela outra parte, subordinando-se às condições já traçadas. Embora haja fórmula de reajuste, os índices são atos que dependem dos acertos e desacertos das autoridades governamentais. Daí, existe uma unilateralidade no estabelecimento dos percentuais de reajuste. Nesse sentido, não é descabida a aplicação do art. 489 do Código Civil: “Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio de uma das partes, a fixação do preço”.

É, ainda, imposto pelo Banco Central a aceitação de condições verdadeiramente absurdas. É o caso, por exemplo, da cláusula que tolhe o mutuário a qualquer disponibilidade sobre o bem, quando ocorre inadimplemento de três ou mais prestações, impondo a cláusula mandato em que o próprio agente financeiro é nomeado seu procurador.

Atualmente, há diversos tipos de planos de pagamento nos financiamentos de casa própria. Planos de pagamento significam o modo pelo qual o comprador da casa própria define o período de incidência da correção monetária da prestação mensal.

Há o Plano de Correção Monetária – PCM, pelo qual todos os valores (prestações, seguros, taxas e saldo devedor) são corrigidos monetariamente de acordo com a TR ou o índice de poupança. Neste plano, os prazos são fixos e não há participação do Fundo de Compensação de Variações Salariais, ficando o saldo devedor, sob a exclusiva responsabilidade do mutuário e as prestações acompanham a evolução da correção monetária.

Existe o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional – PES/CP. São utilizados por aqueles que optaram para reajuste da prestação, conforme o índice de aumento salarial da categoria profissional do mutuário. O saldo devedor sofre o reajuste de acordo com a correção monetária. Caracteriza-se por ter prazo variável e reajustamento das prestações mensais em função do aumento salarial da categoria profissional do mutuário, não podendo exceder a 0,5% (meio por cento) ao mês, da variação proporcional observada pelo Índice de Preços ao Consumidor do mesmo período. O mutuário assume o compromisso de pagar um número máximo de prestações, que corresponde ao prazo do financiamento. Este prazo pode ser dilatado, desde que, verificado resíduo após o seu término e não haja cobertura pelo FCVS. Se houver, o comprador do imóvel paga um certo percentual sobre o montante financiado, geralmente 3% (três por cento), incluído no valor total do financiamento e diluído nas parcelas mensais de modo que, a dívida extingue-se após o prazo de pagamento, ainda que, reste resíduo.

Por último, há o Plano de Atualização Misto – PAM. Corresponde a um financiamento comum, segundo os parâmetros das operações comuns dos bancos, com a remuneração normal do dinheiro. Não há possibilidade de equivalência salarial ou absorção do saldo devedor, no final do prazo. O Banco Central procurou regulamentar, mas no final de cada período ou nas datas base recompõe-se as prestações. Conseqüentemente, os mutuários pagam a integralidade do valor financiado, além dos juros e outros encargos (conforme RIZZARDO, 2000, p. 142/145).

## 5. A ADIn 2591

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro que congrega a Federação Nacional dos Bancos, a Federação Nacional das Empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários e Investimentos, a Federação Interestadual das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimentos e a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, ingressou no Supremo Tribunal Federal com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn 2591 – visando primordialmente que sejam desconsiderados os “serviços bancários como relações de consumo”.

Pretende o CONSIF que o contido no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.078/90, que delimita o serviço como “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” não seja aplicado aos serviços bancários como as cadernetas de poupança, os depósitos bancários, os contratos de mútuo, os cartões de crédito, os contratos de seguro, de abertura de crédito, etc.

### 5.1 A posição das instituições financeiras <sup>6</sup>

O CONSIF, através dos advogados ARNOLD WALD, IVES GANDRA SILVA MARTINS e LUIZ CARLOS BETTIOL, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade com requerimento de medida liminar, em 26.12.2001, no Supremo Tribunal Federal visando à declaração da inconstitucionalidade formal da expressão “inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante do art. 3º § 2º, da Lei Ordinária nº 8.078/90 e da inconstitucionalidade material dessa expressão diante da total incompatibilidade com o disposto no art. 192, *caput*, incisos II e IV, da Constituição Federal, que, consoante interpretação do próprio STF na ADIn nº 4, reservou à lei complementar a regulação do Sistema

---

<sup>6</sup> Conforme petição inicial da ADIn 2591, de 26.12.2001, em andamento no STF.

Financeiro Nacional, abrangente daquelas atividades, e por violar também, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que consagra o princípio do devido processo legal em sentido substantivo.

A lei nº 8.078/90 é impugnada em virtude de inconstitucionalidade formal e material. Ao incluir todas as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, a lei ordinária pretendeu alcançar as relações próprias do Sistema Financeiro Nacional, invadindo campo reservado à lei complementar, além de violar o art. 5º., LIV, da Constituição Federal, lesionando o princípio do devido processo legal.

Há violação do art. 192, II e IV da Constituição Federal, pois, o legislador constituinte estabeleceu que o Sistema Financeiro Nacional seria estruturado para promover o desenvolvimento equilibrado do país e, atribuíram competência à lei complementar para conformar o perfil organizacional dos órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do sistema financeiro. O próprio Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, decidiu que somente lei complementar poderia dar concreção a todas as matérias pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional, contido no art. 192 da Constituição. E mais, que o regramento infraconstitucional, exigido pelo constituinte, deveria ser objeto de uma única lei complementar, afastada a hipótese de regulações tópicas ou normas extravagantes ou especiais para cada uma das prescrições impostas pelo comando constitucional daquele artigo.

Ficou assente que a Lei nº 4.595/64 foi recebida como lei complementar enquanto uma nova lei complementar não for editada pelo Poder Legislativo, na própria ADIn nº 4. A matéria ficou aclarada: todos os comandos do art. 192 da Constituição dependiam de lei de concreção. Em nenhum momento, admitiu-se que a *interpositio legislatoris* fosse materializada através de lei ordinária. A norma integradora é a lei complementar. Assim, as matérias pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional, que abrangem as atividades bancárias, financeiras, de

crédito e de seguros, não podem ser reguladas em nenhuma lei ordinária, quer especial, quer em disposições incidentais, posto que constituiria lesão frontal ao comando do art. 192 da Constituição.

Se o próprio Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência, reconhece que as matérias pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional hão de ser disciplinadas por lei complementar a teor do art. 192 da Constituição e se, de acordo com o entendimento do mesmo tribunal, a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada com esse status, resta evidente que o § 2º do art. 3º da lei 8.078/90, padece de inconstitucionalidade por invadir área reservada à lei complementar, sendo insuscetível de derogar a lei recepcionada, que desfruta desse status.

Entre consumidor e cliente de instituição financeira existe uma distinção em virtude de razões de ordem constitucional e pelas situações peculiares existentes em cada caso. As instituições financeiras não trabalham com dinheiro próprio, mas de terceiros. A pretensão de aplicar-lhes regras de consumo pode atingir, de rigor, os correntistas e aplicadores que ofertam recursos ao sistema para serem repassados, mediante guarda ou aplicação. Isso equivaleria a dizer que a proteção de alguns “consumidores” representaria, na verdade, violação ao direito de outros “consumidores”, ou seja, dos demais usuários da instituição. Não há pois, como admitir o exercício do direito do consumidor contra o próprio consumidor. Por essa razão, só o órgão encarregado de controlar o sistema financeiro, que é o Banco Central, pode cuidar da fiscalização da matéria, que está disciplinado no art. 192 da Constituição Federal e não, no art. 170 da Constituição Federal.

Do mesmo modo, o constituinte fez a distinção entre o consumidor (art. 170) e o usuário de serviços públicos (art. 37, § 3º, II com redação da EC nº 19), também esclareceu a diferença do regime jurídico entre consumidor e o cliente de instituições financeiras, este regido pelo art. 192 da Constituição Federal, pela Lei 4.594/64 e pelas resoluções do Conselho Monetário Nacional. Diante desta disciplina constitucional, já consagrada pela Suprema Corte do país, não podia o

legislador ordinário ter incluído na lei nº 8.078/90, o § 2º do art. 3º, pois, ao mencionar todas as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, a Lei nº 8.078/90, que é lei ordinária, passou a regulá-las alterando as normas da legislação complementar própria do Sistema Financeiro Nacional, visto que as incluiu no regramento dos direitos do consumidor.

Houve violação ao art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal. O legislador ordinário onerou os integrantes do sistema financeiro com o conjunto de obrigações previstas na Lei nº 8.078/90, incompatíveis com as peculiaridades do setor financeiro. Ampliou o leque de legitimados a questionar em nome próprio e, sobretudo, em nome alheio a atuação das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Tal disciplina, sob ambos os aspectos, encontra-se em conflito grave e frontal com as normas do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional, a que estão sujeitas as instituições financeiras.

As instituições financeiras negociam basicamente com moeda e crédito. Não se pode confundir tais instituições com os demais fornecedores de produtos ou serviços, já que aqueles não podem garantir a boa qualidade de sua mercadoria, que é a moeda, produzida e garantida pelo Estado. Tampouco se lhes pode exigir que concedam créditos a todas as pessoas, pois, a relação creditícia é baseada na confiança que o banqueiro deve ter no cliente, sob pena de ser acusado de gestão temerária, que, na área financeira constitui crime.

Há grave inadequação da disciplina em face das atividades desenvolvidas no âmbito do sistema financeiro; basta atentar, a título de exemplo, para as obrigações e responsabilidades previstas nos artigos 20 § 2º, 21, 23, 35, 6º, inc. V, 51, § 1º, inc. III, e 117 do Código de Defesa do Consumidor.

A lei impugnada, se aplicada suas disposições às atividades do sistema financeiro, instaura um evidente conflito com as regras que respaldadas na Lei 4.595/64, são baixadas pelo Conselho Monetário Nacional por meio das

Resoluções nº 2.878 e 2.892. Tais regras cuidam da defesa dos usuários de instituições financeiras de forma compatível com a materialidade desses serviços. Acresce que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as mencionadas resoluções não se aplicam quando conflitam com o Código de Defesa do Consumidor, criando, assim, profunda insegurança jurídica para os meios bancários e para seus clientes.

## **5.2 Argumentos contra a posição das instituições financeiras**

Vários juristas e operadores do direito têm se manifestado acerca dos argumentos propalados na ADIn 2591, tendo como requerente o CONSIF. Dentre eles estão CLAUDIA LIMA MARQUES, ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER, CRISTIANE DERANI, ALBERTO DO AMARAL JUNIOR, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÀ, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, IDEC – INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, BRASILCOM – INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DEFESA DO CONSUMIDOR.

A norma contida no § 2º do art. 3º do CDC, o qual dispõe que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relação trabalhista” é constitucional. A Constituição Federal, expressamente, exige que determinadas matérias sejam disciplinadas por lei complementar. Assim, eventual lei ordinária que venha a dispor sobre tais matérias deve ser tida como inconstitucional por indevida invasão de campo normativo reservado exclusivamente à lei complementar (conforme PFEIFFER, 2003).

Ao contrário, quando a Constituição não estabelecer de forma expressa a regulação por lei complementar, a matéria deverá ser disciplinada por lei

ordinária. Na lição de MICHEL TEMER (2001, p.148) exige-se ainda que o âmbito material da lei complementar seja o expressamente previsto pelo constituinte. Enfatiza o ilustre mestre: “A lei ordinária tem outro campo material.... Não há hierarquia alguma entre lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas.”

No entender de CLAUDIA LIMA MARQUES (2003), a lei complementar tem como matéria, normas de organização e a lei ordinária, normas de conduta. As normas de organização, organizam o mercado, como as instituições se estruturam e se regulam perante o mercado em que atuam. As normas de conduta são as regras que determinam e regem a conduta de boa fé das instituições em relação a seus clientes/usuários. O art. 3º § 2º do CDC poderia ser considerado norma de conduta ou norma de organização? As normas de conduta do sistema civil e comercial brasileiro definem as condutas dos sujeitos de direito. São elas de várias espécies: “definições legais”, “permissões”, “presunções”, proibições “, “autorizações”, normas interpretativas e normas atributivas (que conferem direitos subjetivos).

Continuando, a ilustre jurista analisa o conteúdo da norma do art. 3º §2º da Lei nº 8.078/90 (conforme MARQUES, 2003):

a) a norma do § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90, traz uma definição legal (“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”) definindo o campo de aplicação subjetivo (fornecedor) e material (serviço) desta lei;

b) a norma do art. 3º da Lei 8.078/90 (“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º... e § 2º...”)

encontra-se na Parte Geral do Código de Defesa do Consumidor (Disposições Gerais do



Título I do CDC), aplicando-se a todos, as normas (e definindo sua aplicação) do Código.

c) as disposições gerais da Lei 8.078/90 fazem parte de um Código de Defesa do Consumidor, um sistema de normas tutelares de conduta, criado por determinação constitucional (art. 48 dos Atos das Disposições Transitórias), em obediência ao comando constitucional que inseriu a defesa do consumidor como princípio constitucional (art. 5º, XXXII, da CF) e aplicável a todas as atividades da ordem econômica e financeira constitucional (art. 170, V da CF).

Segundo ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEFFER (2003) não há como prosperar a tese de que só por lei complementar poderiam ser disciplinados direitos dos consumidores relativos a serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária e relata em seu parecer, precedentes do Supremo Tribunal Federal, tal como a ADIn 2223-7 que discutiu matéria do art. 192 da Constituição Federal no tocante a resseguros. O relator Ministro Maurício Corrêa, expressamente, ressaltou o seu entendimento de que nem toda matéria relativa a seguros privados necessita ser versada por lei complementar. Da mesma forma, inexistente menção no art. 192 da CF, à disciplina dos direitos dos consumidores no rol de matérias a serem regulamentadas por lei complementar. Da leitura do art. 192, observa-se, apenas, dispor sobre especificidades absolutamente próprias do Sistema Financeiro Nacional e acerca das matérias indicados em *numerus clausus* nos incisos I, II e IV, a necessidade de edição de lei complementar. Não se encontram dentre tais, os direitos dos usuários desses serviços, nem sendo eles, especificidade do Sistema Financeiro Nacional, conclui-se que devem ser disciplinados em lei ordinária. Não há, portanto, vício formal do art. 3º § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

No entender de CLAUDIA LIMA MARQUES (2003), no ordenamento jurídico brasileiro existem uma série de normas de conduta auxiliares que definem atividades “bancárias, financeiras, de crédito e securitárias”, aprovadas por lei ordinária e que não foram consideradas inconstitucionais, a começar pelos art. 119 e 120 (Dos Banqueiros), 666 a 730 (Dos seguros marítimos) do Código

Comercial de 1850; os art. 13 a 30 (Das pessoas jurídicas), art. 1432 a 1474 (Dos seguros), do Código Civil de 1916. O novo Código Civil de 2002, é posterior à Constituição Federal de 1988 e possui amplo campo de aplicação civil e comercial, sendo lei geral *ratione materiae* (civil e comercial). O Código de Defesa do Consumidor, em especial o art. 3º § 2º, também, é posterior à Constituição Federal, sendo lei geral *ratione materiae* (civil e comercial – se relações de consumo – contratos e atos ilícitos), mas é lei especial *ratione personae* (só se aplicando a consumidores e fornecedores e suas relações). Há alguma dúvida de que as regras do Código Civil se aplicam às instituições financeiras? Na Parte Geral do Código Civil de 2002, encontram-se inúmeros exemplos de normas de conduta que – da mesma forma que as normas materiais do CDC – são aplicáveis a todos os negócios jurídicos (civis e comerciais) e atos ilícitos (abusos civis e comerciais), não regulados por leis específicas, inclusive os negócios jurídicos concluídos com instituições pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional.

Continua a ilustre jurista:

Como se observa, o novo Código Civil de 2002, que não consta ter sido aprovado como lei complementar, regula uma série de atividades, condutas e traz inúmeras definições legais aplicáveis aos negócios e atividades civis e comerciais, de natureza bancária, financeira e securitária das instituições financeiras. São definições legais e regras de conduta, que hão de se aplicar às instituições financeiras, reguladas por lei especial com normas de organização. Não há privilégio às Instituições pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional para que não se aplique mais nenhuma norma de conduta proibitória, tutelar, interpretativa, definidora, estabelecendo presunções ou sancionando condutas. Neste sentido, esta análise rápida das normas de conduta do novo Código demonstra que se vitoriosa a errônea e generalizante linha de argumentação da Confederação CONSIF, usada na presente ADIN, segundo a qual normas envolvendo qualquer conduta de natureza “bancária, financeira, de crédito e securitária, só se aplicam às Instituições do Sistema Financeiro Nacional, se forem aprovadas como leis complementares – estas normas seriam inconstitucionais – e todo o Código Civil de 2002 não se aplicaria às Instituições do Sistema Nacional, por alegada “verdadeira inconstitucionalidade por derivação”.....Sendo assim, por uma questão de coerência e sobrevivência do sistema de normas civis e comerciais gerais e especiais, impõe-se considerar que normas de conduta, presentes na nova lei civil (e também no Código de Defesa do Consumidor), podem sem qualquer inconstitucionalidade – regular tais atividades em seu normal campo de aplicação, mesmo se aprovadas as normas como leis ordinárias. Aqui há diferentes competências legislativas (art. 22 e 24 da CF), há campos de aplicação complementar das leis, verdadeiro diálogo das fontes, cada uma se aplicando naquilo que lhe é devido: organização do sistema e conduta dos agentes privados como veremos a seguir (MARQUES, 2003, itens 24, 25 e 27).

A Constituição Federal não faz distinção entre consumidor e cliente de instituição financeira, como pretende o CONSIF. O art. 192 da Constituição Federal não menciona o cliente bancário, da instituição financeira ou da seguradora. A falta da menção do “cliente” é correta e sistêmica, pois, o art. 192 é norma de organização, instrumental de construção e regulação do Sistema Financeiro Nacional e não norma de conduta para as pessoas, civis e comerciais, estes sim, clientes. É totalmente errônea e contrária ao sistema, a conclusão de que o art. 192 traça uma “implícita distinção” entre quem ele não menciona (nem clientes, nem consumidores). Correta é a argumentação: o art. 192 da Constituição não menciona os clientes “bancários, das financeiras, das seguradoras”, porquanto, estes são consumidores, expressamente mencionados nas partes principais da Constituição (art. 5º, XXXII), criando direito subjetivo próprio a todos os brasileiros e residentes no Brasil como princípio geral de toda atividade econômica e financeira, inclusive as dos bancos, financeiras, seguradoras e outras instituições do Sistema Financeiro Nacional (MARQUES, 2003, itens 24, 25 e 27).

Não há também analogia possível entre usuário de serviços públicos, que é expressamente mencionado e privilegiado no art. 37 § 4º da Constituição e o “cliente” bancário, não mencionado no art. 192. Se o art. 37 § 4º da CF fosse aplicado, seria em *malam parten*, justamente para desproteger o usuário bancário, criando privilégio para as instituições financeiras quando o princípio constitucional é de proteção ao sujeito vulnerável (conforme MARQUES, 2003, itens 24, 25 e 27) .

CLAUDIA LIMA MARQUES (2003), cita em seu parecer, o precedente do Supremo Tribunal Federal na ADIN 493-0-DF-TP, no qual o Ministro Moreira Alves afirma: “... O disposto no art. 5º XXXVI da CF, aplica-se a qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.” (Rel. Ministro Moreira Alves, DJU 4.9.92). Foi o constituinte originário que instituiu um direito subjetivo público geral a todos os brasileiros e residentes no país para que o Estado-

Legislador, o Estado-Juiz e o Estado-Executivo realizassem a defesa do consumidor, determinando que se elaborasse uma lei ordinária em forma de Código de Defesa do Consumidor. É um direito fundamental, estabelecida pela Constituição, aplicando-se, portanto, a todos os agentes econômicos, inclusive ao Estado, quando atuam no mercado de consumo. Não há privilégio para as instituições do Sistema Financeiro Nacional.

Não há conflito entre a Lei 4.595/64 com o Código de Defesa do Consumidor, pois, a primeira silencia tanto sobre normas de proteção do consumidor como acerca da atribuição de defesa do consumidor ao BACEN e à SUSEP. Se o CDC não se aplicasse aos serviços bancários, tais serviços não possuiriam um órgão administrativo que tutelasse esses interesses, dado que a SUSEP e o BACEN não são destinados para o cumprimento de tal mister. Deste modo, caso prevaleça a interpretação de não aplicação das disposições do CDC, equivaleria a deixar desprotegido o usuário de tais serviços. Tal hermenêutica conduz à violação do art. 5º, XXXII e o art. 170, V da Constituição Federal, uma vez que o art. 3º § 2º do Código de Defesa do Consumidor seria interpretado em desconformidade com a Constituição, em flagrante violação ao princípio da razoabilidade (conforme PFEIFFER, 2003).

O argumento sustentado por ARNOLDO WALD, no qual afirma que o tomador do banco não seria consumidor, porque quem toma dinheiro emprestado não o usa como destinatário final, pois, só seria destinatário final o tomador do mútuo que fosse colecionador de moedas, é um argumento falho e não prospera. NEWTON DE LUCCA (2003, 16/22) afirma que tal construção não se sustenta diante de uma análise mais profunda do contexto e origem do Direito do Consumidor. O dinheiro é bem juridicamente consumível. Continua o ilustre jurista:

A fragilidade de tais ponderações é, no entanto, transparente. Em primeiro lugar, parece necessário lembrar que o dinheiro, segundo o Código Civil, é considerado como um bem juridicamente consumível. Diz-nos a respeito o nosso grande Clóvis Beviláqua: “ A distinção funda-se numa consideração econômico-jurídica. Há coisas que se destinam aos simples uso, outras ao consumo do homem. Das primeiras tiramos as utilidades sem lhes destruir a substância; as segundas destroem-se,

imediatamente, à medida que se utilizam, ou aplicam. As coisas consumíveis ou são de fato, *naturalmente*, como gêneros alimentares, ou, *juridicamente*, como o dinheiro e as coisas destinadas à alienação...” (grifos do próprio autor)

Por todos os argumentos expostos não há dúvida quanto à constitucionalidade do § 2º do art. 3º do CDC. Tratando-se de norma de conduta que não conflita com o art. 192 da Constituição Federal, aplica-se, indistintamente, a todos os agentes econômicos, que tenham relações de consumo com qualquer pessoa residente no país. Não há conflito entre a lei de organização do Sistema Financeiro Nacional - Lei 4.595/64 - e a Lei 8.078/90, cada qual com seu campo de aplicação próprio. Não deve haver privilégio das instituições do Sistema Financeiro Nacional, em obediência ao princípio da defesa do consumidor, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade, todos claramente insertos na Constituição Federal.

### 5.3 O Supremo Tribunal Federal e o andamento do processo <sup>7</sup>

O Plenário do STF reuniu-se, no dia 17.04.2002, em sessão, para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) de nº 2591. Durante a sessão votaram o relator, ministro Carlos Velloso e o ministro Néri da Silveira.

O Ministro Carlos Velloso deu procedência parcial ao pedido do CONSIF, sustentando que o Código de Defesa do Consumidor se aplica ao sistema financeiro, porque se limita a defender o consumidor, não interferindo na estrutura institucional do sistema financeiro, excluindo, no entanto, a incidência da taxa de juros reais nas operações bancárias, ou sua fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional, por não ser auto-aplicável o § 3º do art. 192 da Constituição Federal. <sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Conforme Informativo STF, disponível em <http://www.stf.gov.br>, acesso em 12.07.2003.

<sup>8</sup> O § 3º do art. 192 foi revogado posteriormente (29.05.2003) pela Emenda Constitucional 40/2003.

O Ministro Néri da Silveira, embora acompanhando a fundamentação do voto do Min. Carlos Velloso, concluiu de forma diversa e votou pela improcedência da ação, por considerar que o art. 192 da Constituição Federal, que se refere ao Sistema Financeiro Nacional, não conflita com o Código de Defesa do Consumidor e que, portanto, não há inconstitucionalidade.

Após, o julgamento foi adiado em virtude de pedido de vistas do Min. Nelson Jobim, encontrando-se assim, até o momento.

## **6. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

A Constituição Federal no art. 5º, inc. XXXII, prevê a defesa do consumidor, determinando que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O poder constituinte originário determinou, no art. 48 do Ato das Disposições Transitórias, urgência na elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

A proteção a que se refere o art. 5º da Constituição, deve ser interpretada em conjunto com o art. 1º, inc. III e 170, *caput*, e com a função social do contrato. Na tutela do consumidor, o que a Constituição deseja tutelar é a dignidade da pessoa do consumidor e não diretamente seu patrimônio, que é tutelado reflexamente.

Todo contrato se destina a promover a circulação de riquezas no sistema econômico. Essa circulação econômica se subordina, como todo o restante da Ordem Econômica, à dignidade da pessoa humana, como determina o art. 170 da Carta Magna. Na Ordem Econômica estão, também, inseridas as instituições financeiras, que se submetem aos princípios gerais dispostos no art. 170 da

Constituição. Não há cisão formal ou material entre Ordem Econômica e Financeira, recebendo os agentes do Sistema Financeiro, o mesmo dever constitucional voltado aos agentes econômicos, de concretizar os princípios da Ordem Econômica, em que se encontra o princípio da defesa do consumidor (conforme DERANI, 2003).

Todos os agentes econômicos, inclusive os do mercado financeiro, vinculam-se ao princípio da defesa do consumidor, porque desenvolvem atividade econômica e relações de consumo. A tutela das relações de consumo é a tutela da dignidade humana, no contexto contratual, referida pela Carta Magna; buscase, assim, respeitar o princípio da boa fé objetiva, reafirmada pelo Código Civil de 2002.

As práticas contratuais inseridas nos contratos bancários, nos patamares praticados hoje, contrariam a função social do contrato e quebram o princípio da justiça contratual, com base na equidade. Em muitas ocasiões, as cláusulas impostas nos contratos bancários, no afoito do lucro, são abusivas, fogem à postura de lisura e lealdade entre as partes, imperativo do princípio da boa fé objetiva. Desviam-se, também, muitas vezes, ao dever da informação e transparência. O contrato tem razão de ser no interesse da coletividade e da produção, mas desde que seja alcançado com observância da dignidade de todas as partes contratantes. Para a parte mais fraca da relação, nos termos que a Constituição exige, é imprescindível que o consumidor seja tutelado em sua dignidade (conforme DALLAGNOL, 2003).

A caracterização das instituições financeiras como fornecedores está positivada pelo art. 3º, *caput* do CDC e especialmente, no § 2º do referido artigo, o qual menciona expressamente como serviços, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Os bancos são empresas por natureza mercantis, tendo como finalidade o exercício de atividade econômica de produção ou troca de bens ou serviços. O Código Civil de 2002, em seu artigo 966, considera como empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. O conceito é harmônico com o CDC que define fornecedor no *caput* do art. 3º, como quem desenvolve atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou presta serviços.

Como empresas, os bancos são orientados para o lucro, daí, terem como atividades típicas, dentre elas, as contas de depósito e captação da poupança popular. O contrato bancário por excelência, é o mútuo e neste sentido, o dinheiro é o produto, cujo pagamento são os juros. O principal produto bancário, o crédito é envolvido em uma multiplicidade de formas conhecidas como operações bancárias. A captação do dinheiro, os empréstimos, o desconto de títulos, a abertura de créditos, enfim a consecução de uma série de atividades de acordo com sua finalidade econômica. Essas atividades massificadas são oferecidas no mercado aos consumidores em geral e estão submetidas ao Código de Defesa do Consumidor. O critério para definição da aplicação do CDC em determinada operação bancária não é o tipo de contrato, e sim, a caracterização do cliente ou usuário bancário, como consumidor *strito sensu* ou equiparado, neste caso, analisando-se casuisticamente, a sua vulnerabilidade.

O dinheiro não é um produto fim, mas sim um instrumento para atender às necessidades do consumidor. O dinheiro é considerado bem juridicamente consumível, apesar de economicamente circular sem destruição (conforme MARQUES, 2003). Os bancos consideram o dinheiro e o crédito, produtos. O crédito pode ser um produto que permite o acesso imediato aos bens de consumo de massa e a operação envolvendo crédito é intrínseca e acessória ao consumo, seja utilizada pela população com menores possibilidades econômicas e sociais, seja pela população que adquire bens de maior valor. As instituições financeiras ao fornecer crédito, por meio dos mais variados tipos de contratos bancários,



atuam no mercado de consumo e caracterizam-se como fornecedores nos termos do art. 3º *caput* do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência dominante é pela aplicação das normas do CDC a estes contratos, estando presentes consumidores, atuando como destinatários finais dos serviços para proveito próprio, familiar ou social. As regras do CDC encontrarão aplicação, também, em caso de vulnerabilidade comprovada do contratante, ainda que o contratante seja empresário e utilize o crédito em sua atividade profissional.

Empréstimo contratado com pessoa física, tal como, o crédito educativo para financiar a educação, está ao abrigo do CDC. O estudante é o consumidor *stricto sensu*, pois, destinatário final fático e econômico do dinheiro usado para sua formação. Tratando-se de pessoa física, há presunção reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, que se trata de destinatário final dos serviços bancários e do mútuo. A relação com as instituições de ensino é de consumo e o ensino profissionalizante tem sido reconhecido pelo Judiciário como aquisição de serviços de educação.

No caso do consumidor não profissional, prevalece, em todos os contratos bancários, a presunção de sua vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC). O STJ aceitou essa presunção em várias decisões, entre elas:

“Ação cautelar de exibição de documentos – Conta corrente – Contrato de abertura de crédito – art. 29 do CDC – art. 267, VI do CPC. 1. Não viola o art. 29 do CDC o julgado que entende configurar serviço a atividade bancária relativa à conta corrente e ao contrato de abertura de crédito, presente a regra do art. 3º do mesmo Código. 2. Se o acórdão recorrido entende provada a recusa do banco recorrente em exibir os documentos, não viola o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, a determinação de prosseguimento do feito. 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp. 245660/SE, 3ª. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23.11.2000) (Conforme MARQUES, 2002, p.458).

Há autores como ANTONIO CARLOS EFING que aceitam a aplicação do CDC a todos os contratos bancários, independente de estar no pólo contrário, pessoas jurídicas que utilizam o crédito, ainda que não destinatárias finais, e independente de sua vulnerabilidade. As empresas, como clientes das instituições financeiras estariam enquadradas na extensão conceitual de consumidor prevista pelo art. 29 do CDC (conforme EFING, 1996, p. 65).

Assim, também JAMES MARINS (1996, p. 95), aceita que o CDC confira proteção aos contratos interempresariais, quaisquer que sejam eles, convolados entre empresas de qualquer espécie, industriais, prestadoras de serviços ou comerciais, ainda que não haja destinação final ou relação de consumo. Uma vez presente abusividade em seus termos, com fundamento no art. 29, tal proteção deve ser conferida por opção política do legislador, em virtude da potencial gravidade de ofensa aos bens jurídicos ali tutelados. Segundo o ilustre mestre, não cabe ao intérprete invocar condições, limitações ou *discrimens* não previstos na lei, quer seja considerada a interpretação isolada do art. 29 do CDC, quer sob a ótica exegética, lógica, analógica, sistemática ou mesmo teleológica.

Outros, como FABIO ULHOA COELHO (2001, p. 166), entendem diversamente. Se o empresário apenas intermedeia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como de consumo, incidindo, portanto, apenas o direito comercial. O empresário que toma o crédito para adquirir bens ou serviços para reinserir, ainda que transformados, na cadeia de circulação econômica não pode determinar-se como consumidor, visto que, nesse caso, não é consumidor.

No presente estudo, entendeu-se que a mais adequada interpretação que deve ser dada à aplicabilidade do CDC aos contratos bancários, é aquela que leva em conta a vulnerabilidade e a hipossuficiência do cliente/usuário bancário. O critério a ser utilizado não é o tipo de contrato, o tipo de serviço ou o tipo de operação bancária contratada. Deve perquirir-se se o cliente bancário, pessoa natural ou jurídica, empresário ou não, destinatário final ou não, é vulnerável e

hipossuficiente perante a instituição financeira. Sendo positiva a resposta, o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado.

A característica maior do consumidor é ser o destinatário final do serviço, utilizando o serviço para si próprio. Neste sentido é fácil caracterizar o consumidor como destinatário final de todos os contratos de depósito, de poupança ou de investimento que firmar com os bancos. A dificuldade está na caracterização do consumidor nos contratos de empréstimo, no qual a obrigação de dar, de fornecer o dinheiro, bem juridicamente consumível. Pode ocorrer que a pessoa destinatária final fática não seja a destinatária final econômica. Assim, um profissional liberal que contrata um empréstimo para reformar seu escritório ou um agricultor, para comprar a semente para plantar.

O sistema do CDC é um sistema aberto que trabalha com a técnica de equiparação de pessoas à situação de consumidor quando se constatar o desequilíbrio contratual e a vulnerabilidade (técnica, jurídica ou fática) da pessoa que contrata com o fornecedor. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ensina que há uma presunção de vulnerabilidade dos clientes bancários (pessoas físicas) e aceita uma prova da vulnerabilidade concreta dos clientes profissionais (pessoas jurídicas, se pequenos comerciantes, firmas individuais, taxistas, empresários de médio porte, etc.) como se a destinação final fosse sempre fática. Grandes financiamentos e contratos não massificados ficam excluídos do campo de incidência do CDC (conforme MARQUES, 2002, p. 452/454).

Nesse sentido, inúmeras decisões têm sido tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. A 4<sup>a</sup>. Turma do STJ, tendo como relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar, decidiu em ação revisional de contrato de abertura de crédito para dois agricultores, confirmando decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre a aplicação do CDC ao caso.<sup>9</sup> Este posicionamento garantiu a inversão do ônus da prova e a aplicação das normas do CDC às cláusulas em discussão.

---

<sup>9</sup> Resp 142.041/RS, Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, j.11.11. 97, Revistade Direito do Consumidor, v. 30, p.125-126.

Pode-se concluir, então, que os contratos entre bancos e profissionais, nos quais o crédito é utilizado como insumo da atividade profissional (empresários, profissionais liberais, sociedades civis ou comerciais), em princípio, é regido pelo direito civil e comercial. Excepcionalmente, caso a caso, dependendo da vulnerabilidade do contratante e tendo sua situação equiparável ao do consumidor *stricto sensu*, serão aplicadas as normas do CDC.

O CDC se aplica às operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, consideradas, assim, relações de consumo. A maioria dos contratos bancários é efetuada com as condições gerais dos contratos e contratos de adesão. Ambos são meios de contratação em massa e servem de indício da vulnerabilidade do outro contratante. Em vários países, entre eles, a Alemanha, tem sido aplicada pela jurisprudência, analogicamente, a equiparação quando fica demonstrada a vulnerabilidade do contratante, ainda que empresário, profissional liberal ou pessoa jurídica.

Das relações contratuais bancárias, a mais comum, é o depósito bancário. Segundo a doutrina bancária, o contrato de depósito para os bancos é uma só espécie contratual, com três modalidades: depósito à vista, depósito a prazo e depósito de poupança. Os três tipos de depósito são conexos, em virtude da prática bancária atual, onde o cliente vincula-se a um banco múltiplo que oferece serviços conexos (seguros, cartão de crédito, cheque especial com crédito rotativo, débitos automáticos, etc.) pelo qual cobra uma remuneração, não tendo, pois, caráter gratuito, principalmente, pós 1994. Até então, os bancos se ressarciam das despesas administrativas, indiretamente, via inflação. Esses contratos de conta corrente com abertura de crédito, conhecido como “cheque especial”, é um tipo de crédito ao consumidor com peculiaridades específicas. A professora CLAUDIA LIMA MARQUES (2003), enfatiza:

As legislações européias e norte-americanas há muito destacam que, nestes casos, há relação de consumo e as empresas bancárias devem tomar importantes medidas de “transparência” (disclosures) e cumprir com seus deveres anexos de informar conforme a boa-fé e de redação clara dos contratos de crédito (mesmo anexos e de cartão de crédito),

assim como proteção contra cláusulas abusivas específicas e juros extorsivos.

Nos últimos trinta anos, houve grande incentivo governamental a atividade bancária e a bancarização das relações que aliada à alta inflação, resultou em aumento do vínculo do indivíduo com as empresas bancárias, a tal ponto que hoje, faz parte do *status* de qualquer pessoa, de tal modo a se tornar um instrumento de inserção social e de tráfico econômico-social. Note-se que as pessoas de baixa renda não possuem conta bancária e têm de receber seus salários e pagar suas contas, encontrando grandes dificuldades ao necessitar de crédito, acabam por recorrer a agiotas.

Dentre as características mais marcantes dos contratos de depósito, está o fato de serem contratos de adesão padronizados, segundo o método massificado de condições gerais contratuais, elaborados prévia e unilateralmente pelos Bancos. Igualmente, está presente a característica da catividade. O cliente bancário, geralmente, contrata esses vínculos por alguns anos, quiçá por longos anos. O poupador é cativo, pois não pode retirar sua poupança antes dos 30 dias, sob pena de perder o valor com juros. Ademais, o cliente mantém uma relação de continuidade em virtude de precisar, eventualmente de crédito; sendo que neste caso, será cobrada reciprocidade e fidelidade anterior. Ninguém se torna cliente de um determinado banco no momento em que necessita do dinheiro; geralmente, ele já é cliente e sua ficha cadastral no banco de dados, informa a sua história como cliente. Essa posição de dependência deve ser compreendida no contexto das relações atuais, no qual determinados serviços prestados no mercado prometem ou asseguram ao consumidor e sua família, "*status*", "segurança", "crédito renovado", "saúde", "moradia", etc. Há uma indução ao consumo através da propaganda e métodos agressivos de marketing.

A grande insegurança da vida moderna no Brasil, principalmente, em época de grande desemprego e economia dependente, faz com que o cliente bancário procure manter seu vínculo com as empresas bancárias, tornando-o cativo por longos anos. Essa vinculação é forte o bastante para que o fornecedor

do serviço bancário tenha grande poder de imposição. Quem necessita de dinheiro, aceita essa imposição que se traduz em contratos pré-elaborados, permitindo modificações do conteúdo da obrigação e do preço que o contratante aceita, em virtude de sua vulnerabilidade.

A intervenção do Estado nos negócios privados, através do CDC, tem a finalidade de alcançar um equilíbrio entre direitos e obrigações, evitando a imposição de cláusulas desequilibradoras, cláusulas de renúncia aos novos direitos dos consumidores ou mesmo a elaboração de novações contratuais evitadas de abusos. Trata-se de uma redução da liberdade de estabelecer livremente o texto do contrato de crédito.

## **7. CONCLUSÃO**

Com base nas considerações efetuadas, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor incide, em regra, sobre os contratos bancários. Sua não incidência se restringiria aos clientes bancários profissionais que contratam grandes financiamentos em que conhecem o teor das cláusulas dos contratos ou podem se assessorar de advogados e contabilistas em seus negócios bancários. .

As instituições financeiras se enquadram na categoria jurídica de fornecedor e as relações entre clientes/consumidores serão relações de consumo, desde que presentes as condições de vulnerabilidade, enquadrando-se nos conceitos de consumidor do Código.

Quanto a ADIn 2591, encontra-se em andamento, não terminado o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, a doutrina majoritária já se posicionou pela constitucionalidade do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, visto que esta regra não conflita com o art. 192 da Constituição Federal e com a Lei nº 4595/64, que regula o sistema financeiro. Os dois diplomas

incidem sobre a mesma realidade fática, porém, uma se refere à organização do sistema financeiro e outra ao direito dos consumidores.

A proteção do consumidor é um princípio a ser observado pela Ordem Econômica e Financeira (art. 170, inc. V da CF). As instituições financeiras estão inseridas na Ordem Econômica e Financeira (Título VI da CF) portanto, submetem-se como qualquer atividade econômica ao Código de Defesa do Consumidor. O Código foi elaborado por determinação constitucional e a proteção do consumidor encontra-se no título dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal. O legislador infraconstitucional agiu corretamente ao incluir os serviços prestados pelas instituições financeiras sob a proteção consumerista.

A jurisprudência dominante é pela aplicação das normas do CDC aos contratos bancários, pois, em regra estão presentes consumidores como co-contratantes, atuando como destinatários finais dos serviços. As regras do CDC, também, serão aplicadas em caso de vulnerabilidade do contratante, ainda que este seja um profissional e que o crédito seja aplicado em sua atividade profissional, seguindo assim, a orientação jurisprudencial brasileira, que já dedicava atenção especial aos contratos bancários e às cláusulas abusivas, comumente inseridas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução 2.878**. Disponível em <http://www.lira.bcb.gov.br/ixpress/correio/correio>. Acesso em 28.11.2002.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO . **Portaria SDE 04/98, 03/99, 3/2001, 05/2002** disponível em: <http://www.mj.gov.br/sde>. Acesso em 12.07.2003

BULGARELLI, W. **Direito Comercial**. 16<sup>a</sup>. edição. São Paulo:Editora Atlas, 2001.

CARVALHO, L. R. F. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <<http://www.santajus.unisanta.br/doutrina.asp?ID=33&varOrder=titulo,%20autor&viewArticle=600>>. Acesso em 26.09.2003.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. Volume 3. 2<sup>a</sup>. edição. São Paulo:Editora Saraiva, 2001.

COVELLO, S. C. **Contratos Bancários**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

DALLAGNOL, D. M. **Contratos Bancários: conceito, classificação e características**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3262>, acesso em 21.03.2003.

\_\_\_\_\_. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Bancários**. Disponível em <http://www.mp.gov.br/institucional/capoio/defcons/contban.html>, acesso em 30.07.2003

DALL'AGNOL JUNIOR, A. J. Direito do Consumidor e Serviços Bancários e Financeiros – Aplicação do CDC nas Atividades Bancárias. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 27, p. 7 a 17, julho/setembro 1998.

DE LUCCA, N. A. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Atividade Bancária**. Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/publica/html/caderno9/131.htm> Acesso em 25.07.2003.

DERANI, C. **Parecer sobre consulta efetuada pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591, ajuizada pela CONSIF, no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.brasilcon.org.Br/adidosbancos.htm> acesso em 14.07.2003.



DONATO, A. Z. **Proteção ao Consumidor: Conceito e Extensão**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1993.

DORNELLES, A. L. **Negócios Jurídicos Bancários: o banco múltiplo e seus contratos**. 2ª. edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

EFING, A. C. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 1994. 314 f. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_. Sistema Financeiro e o Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 17, p. 65 a 84, janeiro a março/ 1996.

FILOMENO, J. G. B. (*et alii.*). **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001.

FLORES, A. M. Z. G. **Cláusulas Abusivas nos Contratos de Adesão à Luz do CDC**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=707> Acesso em 30.07.2003.

FRANCISCO, F. B. **Relações Contratuais e o Novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.lombardi.com.br>, acesso em 12.07.2003.

HUBERMAN, L. **História da Riqueza do Homem**. 14ª. edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

MARINS, J. Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, inclusive Bancários. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 18, p.94 104, abril a junho/ 1996.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Parecer sobre a ADIn nº 2591, consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON**. Disponível em: <http://www.brasilcon.org.Br/adidosbancos.htm> , acesso em 14.07.2003.

MARTINS, F. **Títulos de Crédito**. Volume II. 11ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

NERY JUNIOR, N. (*et alii...*). **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PASQUALOTTO, A. **O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil**. Disponível em:

<http://www.mp.sc.gov.br/internet/centors/doutrina/cco/pasqualotto.htm>

Acesso em 30.07.2003.

PFEIFFER, R. A. C. **Constitucionalidade da Submissão dos Serviços de Natureza Bancária, Financeira, de Crédito e Securitária ao Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.brasilcon.org.br/adidosbancos.htm>, acesso em 14.07.2003.

PINHEIRO, J. S. **O Conceito Jurídico de Consumidor**, in Problemas de Direito Civil-Constitucional. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

RIZZARDO, A. **Contratos Bancários**. 5ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SENE, L. T. **A Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Relações entre Clientes e Instituições Bancárias**. Disponível em:

<http://www1.jus.com/doutrina/texto.asp?id=2969>. Acesso em 08.10.2002.

TEMER, M. **Elementos de Direito Constitucional**. 17ª. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

VENOSA, S. S. **A boa fé contratual no novo Código Civil**. Disponível em:

<http://www.e-juridico.com.br>. Acesso em 30.07.2003.

WALD, A. (*et alii...*). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591 – Petição Inicial**. Disponível em: <http://www.brasilcon.org.br/adidosbancos.htm>. Acesso em 14.07.2003.

\_\_\_\_\_. Contratos bancários de depósito em caderneta de poupança. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Descabimento de ação civil pública e irretroatividade da lei. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. Volume 352. p. 15 a 35. Outubro/Dezembro/ 2000.

\_\_\_\_\_. **Obrigações e Contratos**. Volume II. 14ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. **Revista dos Tribunais**. Volume 666, p.7/17. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

WAMBIER, L. R. Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. Volume 18, p. 125 a 132, abril a junho/1996.