

ROBERTO CAVANHA ALMEIDA

A QUESTÃO DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

CURITIBA

2004

ROBERTO CAVANHA ALMEIDA

A QUESTÃO DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no
Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná,

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Manfredini
Hapner

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO CAVANHA ALMEIDA


A QUESTÃO DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador :


Prof. Dr. Carlos Eduardo Manfredini Hapner


Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto


Prof. Dr. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Curitiba, 27 de outubro de 2004.

Agradeço ao professor e orientador Carlos Eduardo Manfredini Hapner, pelo acompanhamento e revisão do estudo.

Agradeço, também, ao Desembargador Sergio Rodrigues, aos doutores Misael de Grande Filho, Pedro Euclides Utzig e Vicente Higinio Neto pela colaboração para a realização deste trabalho.

Dizer que bancos estão fora do sistema de proteção do consumidor é remar contra a maré, é andar na contramão da história e da economia mundial.

Nelson Nery Júnior

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1. INTRODUÇÃO	1
2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A SUA INCIDÊNCIA	4
2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR	5
2.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A SUA INCIDÊNCIA	6
3. RELAÇÃO DE CONSUMO	10
3.1 CONSUMIDOR	13
3.1.1 Consumidor Padrão	13
3.1.2 Coletividade Consumidora	15
3.1.3 Consumidor Vítima de Acidente de Consumo	16
3.1.4 Consumidor Exposto às Práticas Comerciais	16
3.2 FORNECEDOR	17
3.3 PRODUTOS	19
3.4 SERVIÇOS	19
4. CONTRATOS BANCÁRIOS E A RELAÇÃO DE CONSUMO	21
4.1 CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS	23
4.2 BANCO COMO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS	25
5. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA MINORITÁRIA APÓS O ADVENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	27
5.1 A MOEDA E O CRÉDITO, PRODUTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO	28
5.2 OPERAÇÕES E SERVIÇOS BANCÁRIOS	31
5.3 A CADERNETA DE POUPANÇA	33
5.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º PARÁGRAFO 2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	36
6. A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE	40
6.1 AS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	44
7. CONCLUSÕES	50
8. BIBLIOGRAFIA	53

RESUMO

O presente trabalho analisa a aplicação das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, partindo do estudo da relação de consumo e de seus elementos. Observa se os elementos que compõem os contratos bancários podem figurar como elementos da relação de consumo. Aborda os argumentos colocados pelos poucos autores que visam a afastar a aplicação do Código, apresentando os motivos pelos quais foram afastados pela doutrina e jurisprudência dominante. Discorre também sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591, que argüi perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da aplicação da lei consumerista aos contratos bancários. Por fim, observa o entendimento jurisprudencial atual sobre o tema, principalmente o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça.

1. INTRODUÇÃO

Neste ano completam-se quatorze anos da edição do Código de Defesa do Consumidor. Lei que atendendo as disposições presentes na Constituição Federal de 1988, instituiu um sistema até então nunca visto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ao trazer normas e princípios que quando aplicados reduziam a desigualdade entre os consumidores e os produtores, restaurando a igualdade entre as partes dentro do mercado de consumo, que desaparecera com o advento da sociedade de consumo.

Entre os temas mais discutidos durante o tempo de vigência da lei, encontra-se a aplicabilidade das disposições consumeristas aos contratos bancários. Discussão que teve início antes mesmo da promulgação da lei, iniciada durante a tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional. Período no qual existiu grande lobby por parte das instituições financeiras, para que não fossem incluídas do âmbito das relações de consumo, e por conseqüência, não submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, mesmo com toda a articulação política realizada, o Código de Defesa do Consumidor ao ser editado previu expressamente a sua aplicabilidade as atividades realizadas pelas instituições financeiras. Previsão presente no art. 3º, parágrafo segundo que inclui entre os serviços prestados dentro do mercado de consumo os “de natureza bancária, financeira de crédito e securitária”.

Assim, os bancos procuraram formas de afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos seus contratos, pois, perderiam as vantagens até então presentes, como a estipulação de cláusulas leoninas, a previsão de juros exorbitantes para a remuneração de seus contratos.

Em suma, os bancos que até aquele momento se encontravam como autores de diversas demandas judiciais, como nas inúmeras ações de busca e apreensão decorrentes dos contratos de Leasing; passaram a ocupar a posição de réus, nas ações de revisão de contrato ajuizadas pelos mais diversos consumidores com vistas a desconstituir todas as disposições gravosas a sua situação.

A partir desta inversão de papéis pela utilização das normas consumeristas, os bancos passaram a buscar subsídios com vistas a afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços financeiros. Movimento lobístico patrocinado pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban), que encomendou diversos pareceres a grandes juristas brasileiros com o intuito de demonstrar que as atividades financeiras prestadas pelos bancos não se encontravam dentro da esfera de proteção ao consumidor, sofrendo influência desta somente os serviços bancários que não se vinculam ao crédito.

A estes pareceres a doutrina rebateu seus argumentos, re-afirmando a disposição legal acerca da incidência das disposições consumeristas as atividades bancárias, compreendendo tanto as atividades creditícias como as atividades cujo objeto compreendem serviços que não envolvem a captação ou intermediação do crédito.

Posição doutrinária que foi acolhida pelos mais diversos Tribunais brasileiros, pacificando em nossas cortes o entendimento de que nos contratos bancários se aplicam as disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor. Entendimento este pacificado atualmente no Superior Tribunal de Justiça, cristalizado em três súmulas recentes, a súmula nº 284, a súmula nº 285 e a súmula nº 297.

Como último artifício, os bancos diante do entendimento consolidado pela jurisprudência, por intermédio de sua entidade associativa a Confederação Nacional do Sistema Financeiro ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), perante o Supremo Tribunal Federal com a finalidade de declarar inconstitucional o dispositivo do art. 3º, parágrafo segundo, sob o argumento de que este dispositivo de lei viola o disposto no art. 192 da Constituição Federal. Buscando com que a toda atividade bancária, inclusive a não relacionada ao crédito, não seja regida pela lei de proteção do consumidor.

Declinado este panorama acerca da questão da aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, pretende-se com este trabalho analisar a origem da proteção dos consumidores dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A análise da relação de consumo, âmbito de aplicação do Código

de Defesa do Consumidor, e o enquadramento dos elementos dos contratos bancários aos seus elementos constituidores. Passando-se ao estudo dos argumentos de oposição apresentados pelos bancos, e por fim, a análise do entendimento jurisprudencial dominante, e a análise das súmulas do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A SUA INCIDÊNCIA.

O Século XX foi marcado por diversos movimentos sociais, entre eles o advento da sociedade de consumo fruto da evolução na economia, fundada na modificação do sistema produtivo aliado ao avanço tecnológico e das comunicações. Presenciou-se um avanço industrial sem precedentes na história humana. A adoção do modelo fordista de produção, com base na linha de produção, possibilitou a confecção de um maior número de produtos, seja na quantidade numérica quanto na diversidade destes, culminando em um processo denominado de produção em massa, que possibilitou as empresas acumularem vultuosos capitais. Aliado a este processo de produção esta presente a modificação das formas de propaganda, pela evolução dos meios de comunicação, que passaram a colocar nos indivíduos a necessidade do consumo. Refletindo estes avanços aparece a massificação das relações de consumo, caracterizada pela impessoalidade nos laços jurídicos assim contraídos.

A união destes dois aspectos, produção e consumo em massa deu surgimento à sociedade de consumo. Como efeito imediato à comercialização impessoal de produtos, as empresas passaram a ocupar um papel de supremacia frente a seus clientes, bem assim a utilizar práticas comerciais que atendiam somente aos seus interesses. Práticas contra as quais os consumidores nada podiam fazer, a não ser aceitá-las, pelo fato de necessitarem dos produtos, muitas vezes para a sua própria subsistência. Conseqüentemente apareceu no mercado a vulnerabilidade do consumidor marcada pela sua condição de inferioridade frente às empresas, e suas práticas comerciais, ficando vulnerável a atuação destas sem possibilidades de defesa, seja pela desigualdade econômica, seja pela falta de condições materiais para se opor às práticas comerciais desta sociedade de consumo.

A constatação desta vulnerabilidade fez com que os países lentamente invocassem para a tutela estatal a defesa dos interesses dos consumidores, pois estes não tinham condições de sustentá-los seus interesses frente às empresas, justamente pela falta de mecanismos legais para esta proteção. O primeiro momento em que vemos a invocação pelo Estado para a defesa do consumidor se deu no ano de 1962,

no discurso feito pelo presidente Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos da América. A proteção do consumidor foi tema de leis em países da Europa editadas durante as décadas de 70 e 80.

No Brasil, a proteção do consumidor começou a ser discutida durante a década de setenta, principalmente pela atuação do Deputado Nina Ribeiro que alertava para a importância do tema. Porém, por um longo período não se criou uma lei específica para a proteção dos consumidores. Em 1985 com a promulgação da Lei 7.347 que trata da ação civil pública, passou-se a tratar da proteção do consumidor dentro do ordenamento jurídico, sem, contudo, estabelecer uma tutela específica como ocorrera nos países europeus.

2.1. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR.

A proteção do consumidor dentro do ordenamento jurídico brasileiro foi efetivamente prevista pela Constituição Federal de 1988. A defesa do consumidor se faz presente em três momentos.

Primeiramente elencado entre os direitos fundamentais previstos pelo art. 5º, mais especificamente em seu inciso XXXII, o qual determina ser a proteção do consumidor como um Direito Fundamental a ser assegurado pelo Estado. Para a jurista CLÁUDIA LIMA MARQUES esta previsão constitucional: “Trata-se de um privilégio, uma garantia, uma liberdade de origem constitucional, um direito fundamental básico.”¹, cuja finalidade é determinar que a interpretação das normas consumeristas devam ser feitas de acordo com as disposições constitucionais.

A segunda referência constitucional se faz presente na colocação da defesa do consumidor como um dos princípios regentes da ordem econômica, art. 170, inciso V, juntamente com outros princípios como o da livre concorrência e o da propriedade privada. Este princípio nas palavras de EROS ROBERTO GRAU apresenta uma dupla função, “como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos

¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. p. 306

existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de *diretriz* (*Dwrokin*) – norma objeto – dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.”²

Estas duas disposições constitucionais somadas garantem a intervenção do Estado na ordem econômica de modo a assegurar a proteção dos consumidores, com fundamento no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor dentro do mercado, aliado ao cumprimento da busca da igualdade prevista na Constituição.

Entretanto, o legislador constitucional não determinou a forma com que a proteção ao consumidor deveria ocorrer, deixando a tarefa ao legislador ordinário, por intermédio do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de elaborar uma lei específica para a proteção do consumidor, esta Lei deveria ser editada em cento e vinte dias a partir da promulgação da Constituição.

Atendendo a determinação feita pelo legislador constituinte, apesar de não observado o prazo, em 11 de setembro de 1990 foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078).

2.2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A SUA INCIDÊNCIA.

O Código de Defesa do Consumidor surge de modo a estabelecer o equilíbrio nas relações entre consumidores e os membros da cadeia de produção, tendo como fundamento o reconhecimento da vulnerabilidade do primeiro frente ao segundo. Para tanto, o Código trouxe para a ordem jurídica brasileira um sistema de proteção ao consumidor constituído de normas e princípios, cuja finalidade principal é a disciplina das relações de consumo por meio da intervenção estatal prevista na Constituição. Nas palavras de NELSON NERY JUNIOR o Código de Defesa do Consumidor representa

² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 : interpretação e crítica*. 8. ed. Rev. e. Atual. São Paulo: Malheiros, 2003. P.216

um “microsistema que contém regramentos e princípios gerais sobre as relações de consumo,...”.³

Os princípios que regem o Código de Defesa do Consumidor estão definidos em seu art. 4º, a partir do estudo deste dispositivo podemos enumerar oito princípios que informam a atuação da defesa do consumidor. São eles o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; o da proteção governamental; o da compatibilização dos interesses dos consumidores e das empresas; o da informação e o da educação dos fornecedores e consumidores; o do incentivo ao controle de qualidade dos produtos e o da instituição de mecanismos alternativos de solução de conflitos; o da coibição e da repressão de abusos no mercado de consumo e no âmbito da concorrência desleal; o da racionalização e da melhoria dos serviços públicos; o do estudo constante das modificações do mercado de consumo.

O mais significativo destes princípios é o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor dentro do mercado, presente no art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade compreende a idéia da submissão do consumidor as vontades dos fornecedores no âmbito das relações de consumo, sendo que os consumidores só podem adquirir os produtos e serviços que são disponibilizados pelos fornecedores no mercado. Para ANTÔNIO CARLOS EFING a idéia de submissão marca a necessidade da tutela consumerista, pois, “Esta submissão é a responsável pela fundamentação do *princípio da vulnerabilidade* que, partindo do pressuposto de que o consumidor depende dos empresários, fornecedores, pessoas físicas ou entes despersonalizados para a manifestação de sua vontade, conclui ser o consumidor imprescindivelmente a parte mais frágil da relação de consumo.”⁴

A vulnerabilidade se apresenta de três formas segundo a jurista CLÁUDIA LIMA MARQUES⁵, a vulnerabilidade técnica, a jurídica e a fática. Estas formas de vulnerabilidade são marcadas pela falta de conhecimento, ou pelo pouco

³ NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Ada Pellegrine Grinnover ... [Et al.]. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. P. 345

⁴ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004. P.91

⁵ Ibid. P. 269-273

conhecimento, que uma pessoa detém sobre determinado campo do conhecimento, no outro lado da relação, a parte apresenta amplo conhecimento sobre o assunto. Assim, aparece a submissão da primeira frente à segunda. A vulnerabilidade técnica corresponde à falta de conhecimento sobre determinado produto ou serviço; a vulnerabilidade jurídica compreende a falta de conhecimentos jurídicos específicos sobre determinado tema; e a vulnerabilidade fática que compreende a diferença econômica entre as partes que compõem a relação jurídica. No reconhecimento destas situações que se funda o Código de Defesa do Consumidor.

As regras estatuídas pelo Código de Defesa do Consumidor de acordo com o contido no art. 1º são de “ordem pública e de interesse social”⁶, não podendo as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor serem modificadas ou mesmo não aplicadas por disposição de vontade das partes. Conformando assim um sistema protetivo inafastável, e qualquer disposição acerca de sua não aplicabilidade deve ser considerada como inexistente.

A aplicabilidade destas normas e princípios específicos de defesa do consumidor está condicionada a presença de uma relação de consumo delineada nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Relação jurídica especial que compreende os laços jurídicos existentes entre as figuras dos consumidores e fornecedores, que compreendem a venda de um produto ou a prestação de um serviço. Na falta destes elementos específicos da relação de consumo, serão aplicadas as regras condizentes ao ramo do direito que compreenda a relação.

Mesmo que tenha um tratamento específico o aplicador do direito a uma relação de consumo pode se socorrer de institutos de outros ramos do direito, quando não houver norma constante do microssistema de proteção aos consumidores que possa solucionar a questão discutida na relação de consumo. A possibilidade da aplicação de normas externas as do microssistema do Código de Defesa do Consumidor, desde que compatível com este, está prevista no art. 7º. Trata-se de uma regra de integração do microssistema de proteção ao consumidor aos mais diversos

⁶ BRASIL. Lei 8.078 de 12 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Código Comercial*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 708

ramos do Direito, é o caso da utilização de institutos do direito civil para preencher eventuais lacunas presentes nas normas consumeristas.

3. RELAÇÃO DE CONSUMO

A relação de consumo deve ser entendida como uma relação jurídica dotada de particularidades em sua estrutura, principalmente no que concerne aos elementos subjetivos e os objetivos. Deste modo, antes da análise das relações de consumo e de suas peculiaridades, faz-se necessário relembrar alguns aspectos das relações jurídicas.

As relações jurídicas têm origem na atividade social dos seres humanos, mais especificamente nas relações em que são observadas atribuições de direitos e deveres para as pessoas participantes da relação. As relações havidas pelos homens durante o curso de sua vida podem tomar diversas feições, sejam elas econômicas, religiosas, familiares dentre muitas outras. Porém, ao estudo do direito, vêm a interessar aquelas onde se observa a formação de um vínculo entre duas ou mais pessoas, sobre o qual são atribuídos direitos e deveres, a estes a lei estabelece efeitos específicos. A melhor conceituação para o fenômeno da relação jurídica é trazida por MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE como sendo a “relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição à outra pessoa de um dever ou uma sujeição.”⁷

Estabelecida esta noção do que vem a ser o fenômeno da relação jurídica, faz-se necessário à análise de sua estrutura. A estrutura da relação jurídica é composta por três elementos visíveis no momento em que se estabelece a relação e se fazem presentes em todas, são eles o elemento subjetivo, o objetivo e o teleológico ou finalístico.

O elemento subjetivo da relação jurídica compreende os sujeitos que participam de sua criação e existência. Na concreta conformação de uma relação jurídica encontramos a presença de duas ou mais pessoas, sujeitos de direitos, que vêm a configurar o que a doutrina convencionou chamar de partes da relação jurídica. As partes concorrem para a formação da relação, apresentado cada uma um interesse próprio e distinto daquele apresentado pela outra. A existência de duas partes que

⁷Apud: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 185

concorrem na relação jurídica evidencia o aspecto da bilateralidade, este compreende a idéia de que na formação de uma relação jurídica existem duas partes que ocupam os pólos da relação. A parte dentro da estrutura da relação jurídica não corresponde somente à figura de um único sujeito de direito, a uma parte de determinada relação jurídica pode corresponder à reunião de diversos sujeitos de direito que apresentam interesses correlatos. Por fim, podem figurar como partes de uma relação jurídica pessoas naturais ou pessoas jurídicas, exigindo-se que o sujeito que venha a participar da formação da relação esteja dotado da capacidade necessária para a realização dos atos envolvidos na relação jurídica.

O objeto sobre o qual o vínculo é estabelecido constitui-se no elemento objetivo da relação jurídica. Este elemento pode se configurar como um bem ou uma prestação, que estejam submetidos ao poder de um sujeito determinado. Para a caracterização de bem é necessário que se possa valorar economicamente a coisa presente na esfera de ação do indivíduo. Os bens podem ser considerados para os efeitos das relações jurídicas, conforme a sua natureza, em corpóreos e incorpóreos, aqueles correspondem as coisas que podem ser percebidas por meio da utilização dos sentidos, ou seja, correspondem as coisas que existem concretamente no universo; enquanto que os bens imateriais não apresentam uma existência concreta, é o caso dos valores como a honra. Os bens estão disciplinados, bem como as suas diversas classificações, no Código Civil. As prestações, ao seu tempo, são todas aquelas ações humanas que venham a apresentar um determinado conteúdo econômico.

O terceiro e último elemento que compõe a estrutura das relações jurídicas é a causa, elemento teleológico da relação jurídica. A noção de causa para a relação jurídica compreende os efeitos pretendidos pelas partes que serão atingidos como resultado do estabelecimento da relação jurídica. Os efeitos se apresentam no plano da concreta realização como acontecimento ao qual a lei atribui, modifica ou extingue um direito da pessoa que participa da relação. Trata-se, portanto, de um elemento determinante, pois é na busca deste que as partes se reúnem em uma relação jurídica, conciliando e satisfazendo os interesses sobre um bem ou uma prestação.

A relação de consumo tem como escopo à delimitação do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor. As definições necessárias para a caracterização da relação de consumo estão presentes nos artigos 2º e 3º, elementos subjetivos e objetivos. Tratam-se de elementos específicos que se encontrados em uma relação jurídica fará com que esta seja considerada como uma relação de consumo, ou seja, verificada a presença dos elementos específicos em uma relação jurídica esta passa a ser regida pelas normas e princípios presentes no Código de Defesa do Consumidor. Caso não seja verificada a presença de um dos elementos no caso concreto não se estará diante de uma relação de consumo, devendo reger-se pela lei aplicável a espécie, seja ela de direito civil, comercial, do trabalho entre as diversas relações reguladas pelo Direito.

A relação de consumo tem sua definição nas palavras do eminente jurista NELSON NERY JÚNIOR, que define relação de consumo como “a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto à aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor”⁸. O conceito de relação de consumo na visão de JOSÉ CRETILLA JÚNIOR é mais descritivo, ao afirmar que a relação de consumo consiste em “relação jurídica que se forma entre fornecedor e consumidor, devendo, este último, ser pessoa física ou jurídica adquirente ou utente, de produto ou serviço, como destinatário final, equiparando-se-lhe a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, desde que passe a integrar esta relação”⁹.

Destes dois conceitos de relação de consumo conclui-se que se trata de um vínculo de natureza econômica existente entre dois sujeitos específicos, consumidor e fornecedor, que tem por objeto a aquisição de um bem (produto) ou uma prestação por uma das partes (serviço). Sendo uma espécie de relação jurídica, apresenta um elemento teleológico, este elemento se confunde com o elemento teleológico utilizado para a definição de consumidor, presente na parte final do art. 2º.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos tribunais, v.3, p. 46-47, set/dez 1992. p. 46

⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários ao código de defesa do consumidor*; coordenadores, José Cretella Júnior, René Ariel Dotti; organizador Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1992. P.9

3.1 CONSUMIDOR

O conceito de consumidor para o Código de Defesa do Consumidor se encontra disposto no art. 2º, entretanto, o legislador brasileiro ampliou o conceito de para além do contido neste artigo. De modo a entender a extensão do conceito de consumidor precisamos nos socorrer a lição de LUIZ ANTONIO RIZZATO NUNES, que nos ensina que “a completa designação do amplo sentido da definição de consumidor começa no *caput* do art. 2º, passa por seu parágrafo único, segue até o 17 e termina no 29”¹⁰.

O Código estabeleceu um conceito para consumidor ao mesmo tempo em que estabeleceu três situações em que se equiparam outras pessoas a do consumidor, ampliando o âmbito de abrangência do Código de Defesa do Consumidor estas figuras à noção de consumidor prevista no art. 2º. As situações a que se equiparam outras pessoas ao consumidor se encontram: a) no parágrafo único do art. 2º, ao tratar da coletividade de consumo; b) no art. 17, ao tratar dos consumidores vítimas de acidentes de consumo; e c) no art. 29 os consumidores por equiparação que venham a sofrer uma das práticas contidas no Capítulo V e VI do Título I do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.1 Consumidor Padrão

O consumidor tem sua definição legal disposta no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo o conceito padrão do consumidor brasileiro. Segundo ANTÔNIO CARLOS EFING o conceito de consumidor do art. 2º se faz pela “conjugação do elemento subjetivo (sujeito): pessoa física ou jurídica; elemento objetivo (objeto): produtos ou serviços e do elemento teleológico (finalístico): caracterizado pela destinação a ser conferida ao produto ou serviço”.¹¹

¹⁰ RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Direito Material (art. 1º a 54)*. Saraiva, São Paulo: 2000. P.88

¹¹ Ibid. p.51

O conceito de consumidor estabelecido pelo art. 2º se faz mais abrangente que os conceitos adotados nos sistemas estrangeiros, pois, previu como consumidores não só as pessoas físicas como incluiu, também, as pessoas jurídicas como sujeitos ativos da relação de consumo.

A pessoa física considerada como consumidora é aquela que adquire bens ou se utiliza de serviços colocados no mercado por um fornecedor, sem que os utilize na transformação ou na produção de outros bens. A concepção de pessoa física como consumidora encontra sua melhor descrição nos ensinamentos do jurista belga THIERRY BOURGOIGNIE para quem “o consumidor é uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço colocado no centro econômico por um profissional, sem perseguir ela própria à fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou uma profissão.”¹²

Do mesmo modo, admitiu-se a pessoa jurídica como consumidora, para tanto é necessário que a mesma se configure como destinatária final dos produtos e serviços adquiridos dentro do mercado. Diante desta autorização legal surgiram duas correntes doutrinárias sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos interempresariais, a corrente finalista e a corrente maximalista. Para a primeira, somente é considerada consumidora a pessoa jurídica que adquira o produto ou serviço como destinatária final, já para a segunda as normas do Código são aplicáveis independentemente da verificação do elemento teleológico do conceito do consumidor.

O elemento teleológico do conceito de consumidor se encontra na expressão “destinatário final”, elemento necessário para a caracterização de consumidor e, que se confunde com o elemento teleológico da própria relação de consumo, como observado acima. A compreensão do que vem a ser destinatário final de produtos e serviços compreende o ato praticado pelo consumidor ao adquirir do fornecedor com a finalidade de retirar o objeto do mercado. Para tanto, este produto ou serviço não pode ser destinado à criação de novo produto ou a realização de outra atividade econômica, não ocorrendo neste caso a figura do destinatário final, e sim, uma relação de outra

¹² BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2, p.5-71, jun. 1992. p. 36

natureza que não de consumo. A idéia de destinatário final é apresentada de forma precisa na lição de CLÁUDIA LIMA MARQUES estabelece que para ser destinatário final, a pessoa “retira o bem do mercado *ao adquirir ou simplesmente utiliza-lo* (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferece-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.”¹³ Portanto, o conteúdo da expressão destinatário final compreende a pessoa que adquiri um produto ou serviço sem o utilizar para a realização de nova atividade econômica.

3.1.2 Coletividade Consumidora

A primeira categoria de consumidores por equiparação se encontra no parágrafo único do art. 2º e compreende toda a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Por meio deste dispositivo, protege-se o interesse difuso das pessoas que tenham participado de uma relação de consumo, tenham atuado direta ou indiretamente, e que sejam prejudicadas por uma ação praticada pelo fornecedor, sendo esta reprimida pelo Código de Defesa do Consumidor. Estabelecendo a base da proteção aos interesses coletivos e difusos dos consumidores no âmbito do mercado de consumo brasileiro.

Na visão do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, ANTONIO JANYR DALL’AGNOL JUNIOR, por meio desta regra de equiparação ao conceito de consumidor “Rompe o CDC, aqui com a determinabilidade própria dos entes coletivos, para fazer com que sejam alcançadas pela proteção especial também em número indeterminável de pessoas de algum modo atingidas pelos efeitos que das relações de consumo decorrem. É o que se dá, exemplificativamente, com as submetidas à publicidade de determinado produto.”¹⁴

¹³ Ibid. P. 279

¹⁴ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros – aplicação do CDC nas atividades bancárias. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, p.7-17, jul./set., 1998. P. 10

3.1.3 Consumidor Vítima de Acidente de Consumo

O art 17 prevê a equiparação a consumidor a todas as pessoas que sejam vítimas de acidente de consumo. Esta equiparação se restringe as disposições constantes na Seção relativa a Responsabilidade pelo Fato do Produto ou Serviço, presentes entre os artigos 12 e 17, ou seja, a equiparação só ocorre em relação às regras de responsabilidade civil. A vantagem deste dispositivo é a adoção da teoria objetiva de atribuição de responsabilidade para a indenização dos danos daqueles que não participaram da relação de consumo ao invés da adoção da teoria subjetiva, com análise da culpa, como prevista na regra geral de responsabilidade prevista na Lei civil.

Para que se utilize a equiparação prevista neste dispositivo não é necessário enquadrar a pessoa, física ou jurídica, no conceito de consumidor como destinatário final bastando, apenas, que esta tenha sofrido um dano decorrente de um acidente de consumo. Nesta equiparação, incluem-se os terceiros não participantes da relação de consumo, mas que sofreram um dano a seu patrimônio decorrente de uma ação danosa. A extensão desta regra de equiparação segundo ANTÔNIO CARLOS EFING leva em consideração que a vítima “tenha sido atingida em sua esfera jurídica pelos efeitos do acidente de consumo, interessando a perquirição que ora se almeja, o conhecimento de que a pessoa foi atingida em sua incolumidade físico-psíquica ou econômica.”¹⁵

3.1.4 Consumidor Exposto às Práticas Comerciais

O art. 29 traz em seu bojo a equiparação dos indivíduos que sejam expostos às práticas constantes dos Capítulos V e VI do Título I Código de Defesa do Consumidor. Capítulos que compreendem as seguintes práticas comerciais: oferta, publicidade, cobranças de dívidas, bancos de dados e cadastros de consumidores; e a proteção contratual compreendendo a proteção frente a cláusulas abusivas e aos contratos de

¹⁵ Ibid. p. 53

adesão. As práticas previstas nos artigos são meramente exemplificativas, de modo que se na prática das relações comerciais venham a surgir novas práticas dotadas deste caráter abusivo, devem receber tratamento similar às práticas previstas nos dispositivos destes capítulos. Para os fins deste artigo, basta que a pessoa física ou jurídica seja exposta a uma das práticas previstas nestes capítulos para que sejam tratadas como consumidores, mesmo sem apresentarem as características próprias de consumidor destinatário final previsto no art. 2º.

Esta forma de equiparação se apresenta como aplicação direta do princípio da vulnerabilidade previsto no art. 4º, inciso I, reconhece a vulnerabilidade por parte das pessoas que venham a contratar com o fornecedor que atua de maneira abusiva dentro do mercado. Para esta equiparação independe da observância do elemento teleológico da definição de consumidor, possibilitando até mesmo a aplicação das regras consumeristas a relações que tipicamente não se enquadrariam na categoria de relação de consumo. Esta regra de equiparação nas palavras do Desembargador ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR faz com que se amplie “a rede protetiva àquele que se encontra em situação de *vulnerabilidade* – de modo restrito, pois limita ao conjunto de regras que compreendem os capítulos V e VI -, pouco relevando que não haja relação estritamente de consumo.”¹⁶

3.2 FORNECEDOR

O outro pólo da relação de consumo é ocupado pelo fornecedor, conceituado no art. 3º. Em ampla perspectiva, fornecedor é a pessoa que profissionalmente atua dentro do mercado disponibilizando produtos e serviços mediante remuneração.

Diversas pessoas podem assumir o papel de fornecedor de acordo com a definição do artigo, estas pessoas podem ser físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, podendo, ainda, serem fornecedores os entes despersonalizados. Vê-se que o conceito abrange as mais diversas pessoas que exerçam atividade econômica, ofertando produtos ou serviços no mercado.

¹⁶ Ibid. p. 13

De modo a precisar o conceito, é necessário analisar os três elementos que configuram o conceito de fornecedor: o caráter profissional de sua atuação, a remuneração e a habitualidade.

O caráter profissional da execução da atividade compreende a execução de certas atividades contínua e especializadamente. A idéia de profissionalismo se completa com a definição de empresário trazida pelo novo Código Civil em seu art. 966 que conceitua empresário como a pessoa que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços.”

A remuneração corresponde à contraprestação, geralmente em pecúnia, percebida pelo empresário quando da entrega do produto ou da prestação do serviço. A idéia de remuneração só é prevista pelo Código para o fornecedor de serviços, de acordo com o disposto no § 2º do art. 3º. Entretanto, é da natureza da atividade de produção e comercialização de produtos a busca da remuneração, sendo esta o fim buscado no exercício de qualquer atividade econômica, devendo a mesma ser caracterizar o fornecedor de produtos.

A habitualidade não está prevista expressamente no conceito de fornecedor apresentado pelo Código, elemento que consta do conceito de profissionalismo, porém, com este não se confunde. A habitualidade de acordo com o ensinamento de ANTÔNIO CARLOS EFING corresponde a “sucessividade ou constância no exercício de um ato ou na prática de atos que tornam a pessoa profissionalmente hábil na sua execução.”¹⁷ Portanto, compreende o exercício habitual e sucessivo de uma atividade considerada empresária, é mediante este elemento que podemos distinguir um fornecedor de uma pessoa que eventualmente venha a praticar uma atividade que normalmente é exercida por um fornecedor, afastando neste caso a incidência das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor.

As atividades realizadas pelos fornecedores compreendem as atividades de criação, produção, transformação, montagem, distribuição, importação, construção e comercialização de produtos ou a prestação de serviços, preenchendo os requisitos acima demonstrados.

¹⁷ Ibid. p.55

3.3 PRODUTOS

Os elementos objetivos que compõem a relação de consumo são os produtos e os serviços descritos nos parágrafos 1º e 2º do art. 3º, respectivamente. Os produtos para a proteção dos consumidores apresentam se apresentam como bens que apresentam natureza patrimonial, passíveis de serem objeto de direitos subjetivos.

Deste modo, ficam excluídos do âmbito das relações de consumo os bens decorrentes dos direitos da personalidade, como o direito ao nome, uma vez que estes não podem ser apreciados economicamente.

Os bens considerados como produtos, abrangem os bens móveis e imóveis, podem ainda ser objetos de uma relação de consumo os bens tidos como incorpóreos, ou seja, são considerados como produtos os direitos autorais, ou mesmo uma marca ou patente.

3.4. SERVIÇOS

O conceito de serviços compreende as prestações colocadas no mercado, sendo realizadas pelos fornecedores de forma remunerada, satisfazendo o interesse do consumidor.

A remuneração para o serviço prestado ao consumidor se encontra prevista no parágrafo segundo do art. 3º, no entanto, existem alguns serviços dentro do mercado que aparentam ser gratuitos.

A remuneração dos serviços pode ocorrer de forma direta ou indireta. A remuneração direta compreende a entrega imediata do valor correspondente a prestação do serviço, após a sua realização, no entanto, nem sempre a remuneração se apresenta na entrega direta de valores pelo consumidor ao prestador de serviço, existindo situações em que o fornecedor venha a receber por aquele serviço em momento futuro caracterizando a remuneração indireta. Esta remuneração indireta pode estar incluída nos custos referentes a outros serviços prestados ou pelo benefício

patrimonial decorrente destes serviços. A remuneração indireta para ANTÔNIO CARLOS EFING corresponde ao “benefício comercial indireto avindo de prestações de serviços aparentemente gratuitas assim como a remuneração ‘embutida’ em outros custos.”¹⁸

¹⁸ Ibid. P.72 - 73

4. CONTRATOS BANCÁRIOS E A RELAÇÃO DE CONSUMO

Os contratos bancários compreendem o negócio jurídico entre duas partes, no qual uma das partes que contratantes é um banco, pessoa que exerça uma das atividades próprias dos bancos previstas no art. 17 da Lei 6.595 de 1964. Segundo o ensinamento de FÁBIO ULHOA COELHO os “Contratos Bancários são aqueles que em uma das partes é, necessariamente, um banco.”¹⁹ A outra parte contratante pode ser qualquer pessoa física ou jurídica podendo, inclusive, podendo figurar outro banco.

Os contratos bancários podem ser classificados de acordo com seu objeto em contratos bancários típicos e contratos bancários atípicos. Os contratos típicos se relacionam com a atividade creditícia dos bancos, ou seja, são os contratos firmados pelos bancos cujo objeto consiste na arrecadação ou intermediação de crédito. Subdividem-se em ativos e passivos, de acordo com a posição do banco em relação à obrigação principal. Nos ativos o banco assume o papel de credor da obrigação principal ao conceder crédito por meio do contrato, enquanto, que nos passivos o banco assume o papel de devedor ao captar capital de seus clientes. Os atípicos, por sua vez, compreendem os serviços prestados pelos bancos que não envolvam a atividade creditícia; conhecidos como serviços bancários que compreendem atividades acessórias as operações de crédito.

Os contratos bancários atualmente são marcados por duas características, uma em relação a sua forma, e outra em relação as suas cláusulas, quanto a esta se reflete na presença de cláusulas abusivas, enquanto àquela caracteriza se pelos contratos de adesão.

Para a agilização das contratações os bancos passaram a se utilizar os contratos de adesão. Nesta forma de contrato apenas uma das partes contratantes estipula o conteúdo das cláusulas contratuais, não existindo negociações entre os contratantes acerca dos direitos e deveres do vínculo jurídico estabelecido pelo contrato. A outra parte, cabe somente proferir declaração de vontade restrita a aceitar

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial. 4 ed.* São Paulo: Saraiva, 1.993. P. 430

ou não as condições impostas pela outra parte, sem poder modificar ou excluir qualquer uma das disposições constantes do contrato.

Os contratos de adesão são definidos pelo art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. A partir do estudo das disposições acerca da proteção contratual ao consumidor o professor CARLOS ALBERTO BITTAR define os contratos de adesão como sendo os contratos nos quais se “tem a participação volitiva do consumidor reduzida à aceitação global de seu contexto, previamente definido e impresso em modelos estandarizados, com cláusulas dispostas pelos fornecedores ou resultantes de regulamentação administrativa, ou da sua combinação.”²⁰

Os contratos bancários, em vista deste caráter de adesão, encontram-se permeados por cláusulas abusivas. As cláusulas consideradas abusivas compreendem aquelas que determinam uma prestação excessiva por uma das partes, sem que exista uma contraprestação correspondente pela outra. O tratamento das cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor se faz por meio do art. 51 que prevê a nulidade das mesmas quando presentes dentro de um contrato de consumo.

A utilização destas cláusulas abusivas dentro da relação jurídica existente nos contratos bancários tem sua existência na posição entre os participantes do contrato como nos demonstra RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR:²¹

A posição do fornecedor do crédito, prestador do dinheiro, é mais forte do que a do prestatário, sendo aquele o sólido detentor do capital e do crédito, mola mestra da atividade econômica, e este que necessita, com necessidade e urgência, da obtenção do crédito e da disponibilidade do numerário. Normalmente essa posição de supremacia se reflete no conteúdo do contrato. Por isso, deve ser reconhecida a preponderância da parte que estipula as condições a serem aceitas pela outra sem discussão.

Diante desta perspectiva acerca dos contratos bancários, evidencia-se a desigualdade entre os bancos e aqueles com quem contratam. Deste modo, faz se necessário saber se a estes contratos se faz aplicável o Código de Defesa do

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor : código de defesa do consumidor. 6e.d.* Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003. P. 61-62

²¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.* Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003. P. 15

Consumidor, analisando os elementos destes contratos como elementos de uma relação de consumo.

4.1 CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Ao se falar em consumidores nos contratos bancários deve-se ter em mente que o Código de Defesa do Consumidor alberga em suas disposições protecionistas as pessoas físicas e as pessoas jurídicas. A proteção das pessoas físicas nos contratos bancários se faz de forma mais simples, pois, sempre que esta for destinatária final do produto ou do serviço objeto do contrato segundo a definição constante no art. 2º, mesmo que não fique evidente a condição de destinatário final, as pessoas físicas estarão abrangidas pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor por meio da equiparação presente no art. 29 por meio da proteção contratual acerca dos contratos de adesão e de cláusulas abusivas.

No que tange as pessoas jurídicas, devemos fazer algumas observações, para a verificação da possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários com estas pessoas. Como visto, o conceito de consumidor para fins de defesa do consumidor não se encontra restrito a um conceito presente no art. 2º, existindo a possibilidade da equiparação a esta figura.

Para que a pessoa jurídica seja enquadrada no conceito de consumidor previsto no art. 2º é necessário que a mesma obedeça ao elemento finalístico, ou seja, adquira o produto ou serviço como destinatária final. Para tanto, a pessoa jurídica adquirindo um produto ou um serviço não poderia utilizá-lo para a sua atividade econômica, o que caracterizaria uma atividade de produção, devendo ser considerada como uma relação de caráter comercial. Partindo desta premissa FÁBIO ULHOA COELHO argumenta que para existir uma relação de consumo o empresário não pode adquirir estes de modo a serem considerados como insumos, que seriam utilizados pela pessoa jurídica na sua atividade econômica, pois “esses bens se incorporam aos oferecidos pelo empresário que os adquiriu.”

Diante deste quadro dificilmente pode-se enquadrar a pessoa jurídica dentro do conceito de consumidor do art. 2º para as relações bancárias, uma vez que o dinheiro e o crédito são utilizados, na maioria das vezes para a produção ou prestação de serviços, configurando-se como insumos.

No entanto, apesar da difícil conceituação de pessoas jurídicas como consumidoras *stricto sensu*, as pessoas jurídicas não deixam de estar abrangidas pela proteção do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que estarão protegidas por meio da equiparação prevista pelo art. 29. Sendo que as empresas se encontraram em posição vulnerável técnica e jurídica quando submetidas às práticas previstas no Capítulo V e VI do Título I do Código de Defesa do Consumidor. Exemplo desta vulnerabilidade são os contratos bancários de adesão, nos quais mesmo as empresas de grande porte têm de aceitar os termos contidos nos contratos sem a possibilidade de discutir qualquer uma de suas cláusulas, ou mesmo, quando as empresas são abrangidas por propagandas consideradas abusivas ou enganosas. A esta mesma conclusão chegou ANTÔNIO CARLOS EFING ao afirmar que:²²

raríssimos serão os litígios envolvendo entidades financeiras, securitárias ou bancárias em que se aplicará o conceito de consumidor contido neste dispositivo legal (art. 2º 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).

Portanto, pode-se concluir que para fins de aplicação das leis consumeristas aos contratos bancários, poderemos nos servir do conceito de consumidor presente no art. 2º quando existente a presença do elemento teleológico, ou proceder-se-á a equiparação prevista no art. 29 quando na contratação com um banco de algum serviço bancário a pessoa que contrata seja exposta a uma das práticas previstas nos Capítulos V e VI do Título I do Código de Defesa do Consumidor.

4.2 BANCO COMO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS

²² EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P.51-52

Os bancos encontram a sua disciplina legal disposta na Lei 4.595 de 1964. Esta em seu art. 17 conceitua as instituições financeiras como “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham por atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros”,²³. Dentro deste conceito encontram-se os três requisitos necessários para a Diante deste conceito podemos visualizar os requisitos necessários para a caracterização das mesmas como fornecedores para fins de proteção do consumidor, estando presentes os elementos da profissionalidade, a remuneração e a habitualidade.

Ademais, deve-se lembrar a lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY acerca da atividade dos bancos dentro do mercado ao afirmar que “Por força de dispositivos legais expressos, os bancos exercem atividade comercial (revogado Código Comercial 119; revogado Decreto 737/1850; Lei 4.595/64, 2º; Lei das Sociedades Anônimas 2º), sendo sempre fornecedores de acordo com o CDC 3º *caput*”.²⁴

A profissionalidade das instituições financeiras decorre da sua forma de constituição, ao passo que a Lei determina a obrigatoriedade de pessoa jurídica, constituída na forma de sociedade anônima. Portanto, vê-se que a instituição financeira compreende uma sociedade cujo objetivo primordial é o exercício das atividades de coleta e intermediação de capitais, constantes do art. 17 da Lei 4.595, para as quais atua de forma contínua e especializada.

A remuneração das atividades das instituições financeiras decorre de vários modos, seja pela remuneração direta de seus serviços, v.g. pagamento de taxas bancárias; ou pela remuneração indireta por ela auferida, mediante a aplicação do capital de seus clientes na intermediação ou aplicação de recursos financeiros. A habitualidade se faz presente na atividade diária destas instituições dentro do mercado de capitais.

²³ BRASIL. Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. *Código Comercial*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 276

²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante – 2ª ed. rev. e. ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.908

Uma vez configuradas as instituições financeiras como fornecedores, resta analisar se os seus produtos e seus serviços podem ser enquadrados dentro das definições contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Produtos das instituições financeiras são primordialmente o dinheiro e o crédito. Sobre estes produtos das instituições bancárias é necessário rememorar a lição de FÁBIO ULHOA COELHO que ao estabelecer uma comparação entre as atividades financeiras e industrias entende que “pode-se afirmar que a *matéria-prima do banco e o produto* que ele oferece ao mercado é o *crédito*, ou seja, a instituição financeira dedica-se a *captar recursos junto a clientes* (operações passivas) para *empresta-los a outros clientes* (operações ativas).”

Os serviços bancários compreendem as atividades atípicas realizadas pelos bancos, são os serviços destinados a complementar a atividade creditícia dos bancos. Pode-se enumerar diversos serviços bancários, principalmente realizados pelos bancos múltiplos, serviços como os de cobrança, emissão de boletos, entre outros.

Diante do acima exposto, conclui-se que aos contratos bancários se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor, seja pela previsão constante do art. 3º, parágrafo segundo que incluiu entre os serviços aqueles de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ou pelo preenchimento dos elementos da relação de consumo.

5. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA MINORITÁRIA APÓS O ADVENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Após a entrada em vigor das disposições do Código de Defesa do Consumidor surgiu uma corrente doutrinária patrocinada pelas instituições financeiras que se opôs à incidência das disposições consumeristas aos contratos bancários. O objetivo compreende o afastamento da aplicação das normas consumeristas a atuação dos bancos e instituições financeiras de manter o sistema anterior que assistia melhor seus interesses, pois, antes do advento da lei consumerista a maioria das ações ajuizadas tinham em seu pólo ativo os bancos e instituições financeiras que buscavam na justiça a satisfação de seus contratos, porém, modificou-se esta situação passando os clientes e contratantes demandar os bancos para se proteger das práticas abusivas a quais são submetidas.

O surgimento desta corrente se fez em parecer apresentado pelo professor ARNOLDO WALD, intitulado O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras, encomendado pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban). Neste texto foram lançadas as premissas desta corrente que foi, e vem sendo defendida por alguns poucos doutrinadores e advogados na defesa dos interesses das instituições financeiras. Apesar destes esforços, esta corrente restou vencida nos Tribunais brasileiros, que reconhecem a total aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários.

Ao estudar estes argumentos depara-se com quatro fundamentos, pode-se classifica-los em duas correntes principais: os que visam afastar parcialmente a incidência das normas consumeristas dos contratos bancários, não aplicando as mesmas aos contratos que envolvam crédito; e os argumentos que buscam afastar completamente a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, passa-se a análise dos três argumentos relativos a atividade creditícia dos bancos, afastados pela jurisprudência; analisando em seguida a argumentação apresentada perante o Supremo tribunal Federal para afastar completamente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor de qualquer atividade bancária.

5.1 A MOEDA E O CRÉDITO, PRODUTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Os principais produtos bancários são o dinheiro e o crédito, o objeto da maioria dos contratos bancários. Assim, eclodiram dois argumentos acerca da natureza destes produtos que conjugados com a verificação da existência da destinação do produto pelo consumidor impediriam a incidência da lei consumerista aos contratos bancários.

Os produtos bancários de acordo com a fundamentação esposada por esta corrente doutrinária minoritária, apresentam natureza diversa dos bens destinados ao consumo, sendo destinados a circular dentro da cadeia econômica para a aquisição de novos bens ou serviços, ou mesmo para a permuta. Afirmam os defensores desta teoria, que nestas condições inexistente o elemento teleológico da relação de consumo, ou seja, o consumidor que adquirisse dinheiro ou crédito não poderia ser destinatário final destes, sendo que os recolocaria em circulação quando os utilizasse para a aquisição de novos bens ou serviços. Sobre a natureza destes produtos bancários ARNOLDO WALD após analisar a natureza dos produtos bancários apresenta a seguinte conclusão: “Em relação aos produtos não se aplica à nova regulamentação de defesa do consumidor às instituições financeiras, 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.”²⁵

Seguindo este raciocínio, somente existiria a possibilidade de haver uma relação de consumo cujo objeto fosse dinheiro, quando se verificasse a figura do destinatário final, o que segundo o citado autor só ocorreria no caso de um colecionador de moedas adquirir de um banco uma moeda antiga para integrar sua coleção. Somente neste caso o dinheiro, representado pela moeda não seria destinado a circular, e sim a ficar com o colecionador que a retiraria do mercado, configurando o destinatário final do produto.

²⁵. WALD, Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 666, p. 7-17, abr., 1991. p. 15

Entretanto, apesar de bem construída esta argumentação ela se apresenta falha, ao passo que não analisa o dinheiro como bem de natureza consumível. O conceito de bens consumíveis esta presente no art. 86 do novo Código Civil, antigo art. 51 do Código Civil de 1916, segundo este artigo são considerados bens consumíveis aqueles bens móveis destinados à destruição pelo seu uso normal, e os bens cuja destinação é a alienação. Os inconsumíveis, ao seu tempo, são aqueles que não são destruídos pela sua utilização. Dentro do conceito de bens consumíveis se encontram duas categorias de consumo dos bens, o consumo de fato e o consumo jurídico acerca desta distinção devemos observar as considerações feitas por CLÓVIS BEVILÁQUA ao comentar o art. 51 do Código Civil de 1916:²⁶

A distinção funda-se numa consideração econômico-jurídica. Há coisas que se destinam ao simples uso, outras ao consumo do homem. Das primeiras tiramos utilidades, sem lhes destruir a substância; as segundas destroem-se, imediatamente, à medida que se utilizam, ou aplicam.

As coisas consumíveis ou o são de fato, naturalmente, como os gêneros alimentares, ou, juridicamente, como o dinheiro e as coisas destinadas à alienação...

Sendo dinheiro bem juridicamente consumível, pois, quando da sua utilização retira-se proveito sem a destruição do mesmo, não se pode falar de inexistência de relação de consumo pela falta da retirada do mesmo de circulação ou pela inexistência de consumo fático do mesmo. Reconhecendo esta natureza a moeda, LUIZ RODRIGUES WAMBIER ao analisar a figura do tomador de empréstimo afirma que este é “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. Essas novas relações estão completamente desvinculadas daquela primeira, que se caracterizou pela captação de recurso monetário no sistema financeiro nacional.”²⁷

Em relação ao crédito sustenta-se que o mesmo não poderia ser objeto de uma relação de consumo, sob a alegação de que não pode haver destinatário final ao

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. 1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. p. 226

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor – uma nova abordagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 742, p. 57-66, ago. 1997. p. 61

crédito. Dois são fundamentos para a defesa deste posicionamento, o primeiro seria a função do crédito como meio de circulação de riquezas, e o segundo compreende a existência de uma presunção *iures tantum* de que o crédito se destina a produção. Assim, o crédito estaria dentro do âmbito da circulação econômica não sendo retirado do mercado quando da sua percepção pelo cliente bancário, não caracterizando a figura do destinatário final.

Apesar da insistência das instituições financeiras, estes dois argumentos não foram suficientes para afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários que tem por objeto o crédito. Argumentos que foram afastados diante da possibilidade de uma pessoa que recebe o crédito por meio de um contrato bancário não o recoloca em circulação. O crédito é caracterizado como a confiança de uma pessoa que entrega um valor para o qual irá receber a correspondente contraprestação em um momento futuro. Ao se analisar os contratos bancários que envolvem crédito vemos que se fazem presentes duas relações, a primeira que envolve o banco e o contratante, na qual este recebe o crédito como destinatário final, e uma segunda relação que decorre da primeira. Segundo a argumentação da corrente minoritária a existência de relações posteriores, descaracterizaria a relação da entrega de crédito, uma vez que o mesmo não restaria com o contratante e sim, seria objeto de novas relações desaparecendo o elemento teleológico da relação de consumo.

De modo a espancar qualquer eventual dúvida acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários que envolvam a concessão de crédito, deve-se observar a lição de LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES que ao analisar a doutrina estrangeira acerca da proteção do consumidor ao fornecimento de crédito pelas instituições financeiras e os bancos, admite que para o sistema consumerista brasileiro se faz totalmente aplicável o conceito de *consumer credit* que compreende “o crédito obtido pelo consumidor com o objetivo específico de adquirir ou utilizar bens e serviços oferecidos no mercado, como destinatário final.”²⁸

²⁸ BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. As relações de consumo e o crédito ao consumidor. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 82, p. 13-23, abr./jun., 1991. p. 22

Assim, vê-se que nos contratos bancários de concessão de crédito incidem os preceitos do Código de Defesa do Consumidor diante do papel que o crédito assume dentro das relações entre o banco e seus clientes. O crédito não será considerado como objeto da relação de consumo quando a pessoa o utilize para fomentar uma atividade produtiva, ou seja, não haverá a relação de consumo propriamente dita quando o crédito se caracterize como insumo.

5.2 OPERAÇÕES E SERVIÇOS BANCÁRIOS

O segundo argumento utilizado para afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos que envolvem crédito consiste em uma eventual distinção entre as atividades realizadas pelos bancos, dividindo estas atividades em operações e serviços bancários. A síntese desta argumentação nos é apresentada por NEWTON DE LUCCA que ao comentar esta tentativa de afastar a aplicação das normas consumeristas aos contratos bancários demonstra que “A intenção do raciocínio é bem evidente: se há *operações*, de um lado, e se há *serviços*, de outro, e se o Código de Defesa do Consumidor, ao aludir à *atividade bancária*, fê-lo tão-somente em relação a *serviços*, o mesmo não teria aplicação aos bancos no que se refere às *operações* praticadas por estes.”²⁹

Os defensores deste argumento se fundamentam na diversidade das atividades exercidas pelos bancos, o que caracterizaria o aspecto dos bancos múltiplos, que disponibilizam aos seus clientes além dos serviços de captação e aplicação de recursos financeiros, atividades que não se vinculam aos recursos financeiros. Acerca deste aspecto da multiplicidade das atividades realizadas pelos bancos temos que nos referir ao parecer de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que demonstra a abrangência destas atividades: “a atividade bancária é múltipla e bem diversificada, desde que compreende tanto a captação de recursos junto aos poupadores como a aplicação, no mercado dos recursos captados, além da execução de tarefas complementares como a

²⁹ DE LUCCA, Newton. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, p. 78-87, jul./set., 1998. p. 81

custódia de valores, a cobrança de títulos, a transferência de numerário, a locação de cofres, a arrecadação de tributos, etc.”³⁰

Conforme o citado autor dentro deste aspecto múltiplo das atividades realizadas pelos bancos, pode-se distinguir duas espécies de atividades realizadas pelos bancos, as operações bancárias e os serviços bancários. Esta divisão das atividades exercidas pelos bancos encontra sustento na doutrina anterior a edição do Código de Defesa do Consumidor. Segundo a qual, as operações bancárias compreenderiam as atividades próprias dos bancos na realização de sua atividade mercantil ligadas a sua função de movimentação de crédito de acordo com a definição de atividade bancária prevista pelo Código Comercial nos artigos 119 e 120, conjuntamente a estas atividades os bancos exerceriam atividades acessórias, que compreenderiam as demais atividades não relacionadas ao crédito denominados serviços bancários.

As operações bancárias compreenderiam as atividades dos bancos relacionadas a sua atividade mercantil, compreendendo as atividades de arrecadação e concessão de dinheiro ou crédito, se apresentando como as atividades tipicamente bancárias. De acordo com a lição do jurista baiano ORLANDO GOMES as operações bancárias típicas seriam aquelas “que se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos. Dividem-se em *operações passivas* e *ativas*. Nas primeiras, o banco assume a posição de *devedor*; nas segundas, de *credor*. Se recolhe capital, tornando-se devedor dos clientes, realiza operação passiva; se aplica suas disponibilidades; concedendo crédito, pratica operação ativa.”³¹

Os serviços bancários por seu turno, compreenderiam todas as atividades realizadas pelos bancos que compreenderiam uma obrigação de fazer ou um não fazer, nesta categoria encontraríamos os serviços prestados pelos bancos nos quais não são entregues ou recolhidos valores, v.g. os contratos de aluguel de cofres, a cobrança de dívidas. Segundo a doutrina anterior a edição do Código, estas seriam consideradas como as operações acessórias, que segundo ORLANDO GOMES seriam as operações

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação civil pública. Operação bancária de caderneta de poupança. Inaplicabilidade de ação civil pública. Inocorrência de relação de consumo. Direitos individuais homogêneos. Carência de ação e coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 111-134, jan., 1998. p. 114

³¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.323-234

que “o banco realiza para a prestação de serviços que pode executar com maior segurança do que o particular, facilitando, ademais, a clientela.”³²

Partindo destas distinções, passou-se a sustentar que as operações bancárias não estariam abrangidas pela norma do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, pois, as mesmas não seriam consideradas como serviços abrangidos pela norma consumerista, incidindo as normas de defesa do consumidor somente aos contratos bancários que versassem sobre as atividades acessórias.

Entretanto, esta distinção não apresenta guarida sob a análise dos contratos bancários dentro da sistemática do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que para este o conceito de serviços colocados no mercado de consumo compreende qualquer forma de serviço prestado no mercado que se apresente remunerado. Como se vê a tentativa de distinção entre operações bancárias e serviços bancários, consiste na adoção de uma nomenclatura para diferenciar duas atividades que se encontram dentro do gênero de serviços, nos quais uns tem por objeto o crédito e o dinheiro, enquanto outros tem como objeto outras prestações bancárias. Por fim, vale lembrar a lição de CLÁUDIA LIMA MARQUES ao afirmar que “Não há que prosperar a distinção, pois a nomenclatura própria bancária é, em verdade, espécie do gênero serviço – gênero este incluído totalmente no campo de aplicação do CDC, fora os serviços trabalhistas -, e se é gênero incluído na espécie inexistente distinção jurídica relevante.”³³

5.3 A CADERNETA DE POUPANÇA

Entre as incansáveis tentativas de afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, a que mais chama a atenção é a de afastar a incidência das normas consumeristas as cadernetas de poupança. Modalidade de contrato bancário mais difundida entre os brasileiros, compreendendo poupadores de todas as classes sociais diante da segurança deste investimento popular. O fundamento

³² Ibid. p. 324

³³ MARQUES, Cláudia Lima. *Ob. Cit.* p. 444

para tanto consiste na não configuração das cadernetas de poupança como um dos serviços prestados pelos bancos que se enquadrariam no conceito presente no art. 3º, parágrafo segundo.

O fundamento deste questionamento compreende a necessidade da remuneração do serviço prestado pelo fornecedor para que seja considerado como de consumo. Para os defensores das instituições bancárias, na operação de cadernetas de poupança não estaria presente a remuneração direta por parte do poupador aos serviços prestados pelos bancos na manutenção da caderneta de poupança, e sim, haveria uma remuneração ao poupador no momento em que levanta os valores depositados. Acrescentam, ainda, que a atividade de poupança, por sua natureza econômica, não poderia ser considerada como atividade de consumo, uma vez o ato de poupar é o inverso de consumir.

Esta argumentação considera que o conceito de serviços para efeito da defesa do consumidor só considera aqueles serviços que sejam executados diante de remuneração direta. Seguindo este raciocínio somente teríamos a caderneta de poupança como um serviço previsto pelo Código de Defesa do Consumidor quando o poupador remunerasse a instituição bancária para a manutenção de sua aplicação. Conseqüência direta desta argumentação seria que apenas os contratos bancários em que o cliente remunerasse a instituição bancária estariam sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, afastando os demais contratos em que não se verificasse a remuneração por parte do cliente para que o banco realizasse a operação pactuada. Este pensamento é resumido por GALENO LACERDA ao sustentar que “somente os serviços bancários prestados no mercado de consumo mediante remuneração é que estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, a teor do art. 3.º, § 2º, do referido Código. Outros serviços de natureza bancária (como é o caso do depósito ou poupança) não se enquadram em *relação de consumo*.”³⁴

³⁴ Apud: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação civil pública. Operação bancária de caderneta de poupança. Inaplicabilidade de ação civil pública. Inocorrência de relação de consumo. Direitos individuais homogêneos. Carência de ação e coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 111-134, jan., 1998. p. 115

Entretanto, esta argumentação se encontra falha diante da presença da remuneração indireta dos bancos auferida pela administração das cadernetas de poupança, pois, as instituições financeiras se utilizam dos valores capitados por meio das cadernetas de poupança para a manutenção de seus serviços ativos (empréstimos, concessão de crédito, etc.) recebendo como contraprestação destes serviços, a título de juros, quantias muito superiores as entregues aos poupadores pelo período em que mantiveram seu capital ali investido. Portanto, vê-se que os bancos são indiretamente remunerados pela atividade de poupança, ao reter os valores decorrentes da diferença entre os valores arrecadados por meio de suas operações ativas e os valores repassados aos poupadores.

Acerca da desconstituição deste questionamento sobre as cadernetas de poupança devemos nos referir ao voto do Ministro CESAR ASFOR ROCHA proferido em sede de Recurso Especial ao analisar a legitimidade ativa da Associação Paranaense de Defesa do Consumidor para a propositura de ação civil pública em nome dos titulares de cadernetas de poupança frente ao extinto Bamerindus. Em seu voto o eminente Ministro afastou o argumento proposto pelo banco, e reconheceu a inclusão da caderneta de poupança entre os serviços previstos pelo Código de Defesa do Consumidor ao sustentar que “Ao efetuar o depósito na caderneta de poupança, o depositante está dando ao banco condições para realizar operações ativas, e esse benefício auferido pela instituição de crédito, cujos números são reveladores da sua extensão, constitui em parte a vantagem patrimonial que o depositante permite ao depositário. Há, portanto, serviço indiretamente remunerado pelo poupador.”³⁵

Por fim, em última análise, mesmo que se aceitável esta argumentação utilizada na defesa das instituições bancárias não se poderia deixar de aplicar as normas consumeristas as cadernetas de poupança diante do modo pelo qual são firmados os contratos de caderneta de poupança, os quais incidem nas práticas comerciais consideradas abusivas. Este fato decorre dos contratos de caderneta de poupança serem preponderantemente de adesão, nos quais os poupadores se

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 106.888/PR. Relator: Cesar Asfor Rocha. 28. mar. 2001. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 161, p. 226-267, jan., 2003. p.248

restringem a aceitar as disposições colocadas unilateralmente pelos bancos, restando os depositários protegidos pela equiparação prevista no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. Em vista deste argumento o Ministro CESAR ASFOR ROCHA, no acórdão supra citado, concluiu pela aplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor as cadernetas de poupança pelo fato de que “ainda que não existisse serviço ou produto na atividade bancária (hipótese em que passaria a atuar num campo indecifrável ou inatingível), ainda assim o seu cliente estaria sujeito a práticas comerciais reguladas nos contratos bancários de adesão, e só por isso protegido pelas normas do CDC.”³⁶

5.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º PARÁGRAFO 2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Após o afastamento dos argumentos relativos à atividade creditícia, surgiu um novo fundamento para afastar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. Procura-se com este argumento afastar completamente a incidência das normas de proteção ao consumidor de qualquer forma de atividade bancária, sob o fundamento da inconstitucionalidade da expressão “inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” constante do parágrafo segundo do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Diferentemente das anteriormente analisadas que foram sustentadas pelos bancos por meio de pareceres encomendados a grandes juristas nacionais, esta argumentação é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2591, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), tendo como patronos os juristas, ARNOLDO WALD, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e LUIZ CARLOS BETIOL, sob o argumento de que o texto seria inconstitucional frente ao art. 192 da Constituição Federal.

Segundo estes juristas o Código de Defesa do Consumidor, a Lei ordinária 8.078 de 1990, não poderia determinar condutas a serem observadas pelas instituições

³⁶ Id.

financeiras uma vez que o art. 192 da Constituição Federal determina expressamente que o sistema financeiro nacional deve ser regido por meio de Lei Complementar. Este argumento segundo NEWTON DE LUCCA consistiria em “uma suposta questão de hierarquia de leis.”³⁷, que não teria condições de prosperar.

Para a afirmação deste argumento os juristas que elaboraram a inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade defendem que a norma consumerista viola, além do art. 192 da Constituição Federal, o princípio da razoabilidade contido no art. 5º, inciso LIV, também da Constituição Federal.

A inconstitucionalidade formal frente ao art. 192 da Constituição Federal derivaria da criação de encargos e obrigações as instituições financeiras pelo sistema de proteção ao consumo, sendo que estes somente poderiam ser determinados as instituições financeiras por lei destinada a regulação do Sistema Financeiro, que segundo o dispositivo constitucional deve ser lei complementar. Entretanto, a atual lei que rege o Sistema Financeiro é a Lei ordinária 4.565 de 1964, que foi recepcionada pela atual Constituição Federal como lei complementar, restando, assim, o conflito de normas entre os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e a atual lei que regula o Sistema Financeiro. Esta conclusão fica evidente na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade quando os seus subscritores afirmam que³⁸:

O dispositivo ora impugnado, por submeter as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária a disciplina que conflita com a da Lei 4.595/64 – diploma recebido como lei complementar – pretende derrogar referido diploma, incidindo no mesmo vício da jurisprudência supra transcrita. Resta, portanto, demonstrada a manifesta inconstitucionalidade formal do dispositivo impugnado, por invadir a competência da lei complementar prevista no art. 192, II e IV, da CF, e por pretender derrogar ato legislativo recepcionado com esse *status*, contrariando a Jurisprudência do STF sobre a matéria.

Aceitar esta argumentação seria reconhecer que as instituições financeiras estariam vinculadas somente as disposições presentes na Lei destinada a regulamentar

³⁷ Ibid. p.85

³⁸ WALD, Arnaldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva; Bettiol, Luiz Carlos. Da inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, contida no § 2º. do art. 3º. do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo, v. 15, p. 295-314, jan./mar., 2002. p. 301

o Sistema Financeiro, desconsiderando todos os diplomas ordinários que instituem obrigações as instituições financeiras. Entre as diversas leis ordinárias que devem ser observadas pelas instituições financeiras, pode-se citar a legislação trabalhista, a legislação tributária, a legislação previdenciária, e em especial a Lei das Sociedades Anônimas, as quais se tornariam inaplicáveis aos bancos se este entendimento for aceito pelo Supremo tribunal de Justiça.

A solução para este aparente conflito de leis se encontra na existência de normas jurídicas que apresentam natureza distinta, as normas de comportamento e as normas de estrutura, para elucidar a diferenciação entre as normas jurídicas deve-se observar a lição de PAULO DE BARROS CARVALHO³⁹:

Os teóricos gerais do direito costumam discernir as regras jurídicas em dois grandes grupos: normas de comportamento e normas de estrutura. As primeiras estão *diretamente* voltadas para a conduta das pessoas, nas relações da intersubjetividade; as de estrutura ou de organização, dirigem-se igualmente para as condutas interpessoais, tendo por objeto, porém, os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deôntico-jurídicas, motivo pelo qual dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem de que modo as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema.

Para analisar a existência de vício se faz necessário analisar qual a espécie de norma prevista pelo art. 192 da Constituição Federal para a regulamentação do sistema financeiro, a análise da natureza das normas do Código de Defesa do Consumidor. O art. 192 da Constituição Federal prevê a regulamentação do Sistema Financeiro por meio de lei complementar, lei cujo objetivo compreende organização da estrutura do sistema financeiro, estabelecendo os órgãos e lhes atribuindo funções e deveres, caracterizando assim uma norma de estrutura. As normas contidas no Código de Defesa do Consumidor se apresentam como normas de comportamento ou de conduta, pois estabelecem direitos e deveres a serem observados diante de uma relação intersubjetiva entre as partes, ou seja, quando configurada uma relação de consumo entre as partes estabelece condutas específicas a serem observadas. Portanto, resta evidente que as disposições consumeristas não afetam a organização das atividades do

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 138-139

sistema financeiro, bem como não dispõem acerca da regulamentação das estruturas das entidades bancárias, não incidindo na regulamentação das atividades bancárias prevista na lei 4.595 de 1964 como pretendem os defensores desta corrente, sendo que esta lei define a organização e a estrutura do sistema financeiro.

Por fim, deve-se reportar a conclusão de CLÁUDIA LIMA MARQUES acerca deste conflito de normas:⁴⁰

A Constituição Federal de 1988 é coerente e assim deve ser interpretada, pois não há confusão entre a matéria ‘defesa dos consumidores’ (art. 5º, XXXII, art. 170, V, e art. 48 dos ADCT da Constituição Federal) e a matéria ‘Sistema Financeiro Nacional’ (art. 192 da Constituição Federal). A matéria ‘defesa dos consumidores’ demanda normas de conduta que estão positivadas na Lei 8.078/90, cumprindo o mandamento constitucional do art. 48 das ADCT. A matéria ‘Sistema Financeiro Nacional’ demanda normas de organização, como as presentes nas Leis 4.595/64, 4.278/65 e 6.385/76 e nas leis especiais de seguros (DL 73/66 etc.).

Assim, diante destas considerações vê-se que não há condições deste argumento prosperar no Supremo Tribunal Federal, diante da inexistência de afronta ao texto constitucional pela norma do art. 3º, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁰ Ibid. p.442

6. A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE

A jurisprudência brasileira se encontra pacificada no que concerne a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, entendimento que é esposado quase pela totalidade de nossos tribunais, e que se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça.

No capítulo anterior viu-se que os argumentos sustentados pelos bancos para afastar a aplicabilidade das leis consumeristas dos contratos bancários se fundamentam principalmente na inexistência de um dos elementos da relação de consumo, sejam elementos subjetivos ou objetivos, exceto o argumento acerca da inconstitucionalidade do texto consumerista que se funda em um inexistente conflito de leis. Entretanto, a jurisprudência entende que a relação jurídica decorrente dos contratos bancários se enquadra dentro da relação de consumo como prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente se o contrato tiver como objeto crédito ou qualquer outra prestação pela instituição bancária.

Diante deste posicionamento jurisprudencial devemos analisar o entendimento jurisprudencial acerca da relação de consumo formada quando da criação de um contrato bancário, ao ver o enquadramento dos bancos como fornecedores e os consumidores que venham a contratar por intermédio desta espécie contratual.

A jurisprudência assentou o entendimento que os bancos se caracterizam como fornecedores dentro do conceito de relação consumo trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, preenchendo desta forma um das partes da relação e fazendo com que as disposições consumeristas sejam totalmente aplicáveis aos contratos bancários. Este entendimento tem por fundamento a previsão legal dos bancos como fornecedores dentro do mercado de consumo, de acordo com o parágrafo segundo do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor; aliado a caracterização da atividade bancária como atividade tipicamente comercial, preenchendo os requisitos para a caracterização dos mesmos como fornecedores no mercado de consumo.

A jurisprudência entende que os bancos são prestadores de serviço, e fornecedores de produtos se enquadrando na caracterização de fornecedores do art. 3º

do Código de Defesa do Consumidor. Para alcançar este entendimento a jurisprudência superou o argumento dos bancos acerca da distinção entre operações bancárias e serviços bancários, esposando tese que os bancos além de prestarem serviços dentro do mercado, ainda, que fornecendo ao mercado o produto tipicamente bancário, o crédito. Desta forma a todos os contratos bancários, sejam eles relativos a concessão de crédito ou a outros serviços prestados pelos bancos, aplicam-se às disposições presentes no Código de Defesa do Consumidor. Nessa linha de raciocínio tem se de reportar ao estudo do magistrado paranaense RAFAEL AUGUSTO CASSETARI⁴¹ ao estudar a inclusão das atividades bancárias dentro da proteção ao consumidor:

Por isto que o Código do Consumidor (art. 3º, § 2º) arrola a atividade bancária como componente da relação de consumo. De fato, os bancos prestam serviços aos consumidores quando recebem tributos e carnês mesmo de quem não é seu cliente, fornecem extratos, contratam aluguel de cofres, operacionalizam contas de poupança e cuidam de aplicações financeiras, de modo geral. Comercializam produtos quando concedem o crédito, pois este é um produto imaterial, como tal definido no § 1º, do art. 3º do CDC.

Este entendimento jurisprudencial se faz dominante no Superior Tribunal de Justiça, sendo esposado pela Segunda Seção composta pela Terceira e Quarta Turma, que tem competência material para o conhecer as matérias de direito privado. Este entendimento tem como *leading case* o Recurso Especial nº 57.974/RS cujo relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR fez constar da ementa: “Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.”⁴²

A outra parte dos contratos bancários para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor consiste nos consumidores, neste pólo da relação de consumo a

⁴¹ Apud: OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do consumidor e os contratos bancários*. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 152

⁴² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 57.974/RS. Relator: Ruy Rosado de Aguiar, 25 de abril de 1995. *Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 97, p. 403-407, mar., 1996. p. 403

jurisprudência entende que é possível figurar tanto a pessoa física como a jurídica. O conceito de consumidor aplicável aos contratos bancários não se restringe somente ao de consumidor padrão colocado no art. 2º, pois, a jurisprudência ao analisar os mais diversos tipos de contratos bancários entendeu aplicável aos mesmos a equiparação constante no art. 29.

Nos contratos bancários firmados com as pessoas físicas, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, inclusive nos empréstimos e financiamentos, tem por fundamento a presunção da vulnerabilidade da pessoa contratante, presumindo esta como destinatária final do objeto do contrato, cabendo aos bancos provarem que a pessoa que contrata não utiliza o crédito como destinatária final. Esta presunção das pessoas físicas frente aos bancos se faz presente nas palavras da Ministra FÁTIMA NANCY ADNRIGHI ao julgar o AGA 296516: “Tratando-se de contrato firmado entre a instituição e 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.”⁴³

Ainda a jurisprudência entende que nos contratos firmados com as pessoas físicas o Código de Defesa do Consumidor se faz aplicável por força da equiparação prevista no art. 29. A relação de consumo com base na equiparação se relaciona a utilização de contratos de adesão pelos bancos, nos quais são inseridas cláusulas abusivas ambas, práticas comerciais consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor, estando disciplinadas nos artigos 51 e 54. Para compreender esta aplicação precisamos nos reportar a conclusão a que chegou o Desembargador ARNALDO RIZZARDO ao analisar um contrato de concessão de crédito como uma relação de consumo: “Evidente que há uma relação de consumo no fornecimento de crédito, onde o princípio da autonomia da vontade fica reduzido à mera aceitação do conteúdo do contrato. Daí, sem dúvida, enquadrar-se com hipossuficiente o aderente, posto que obrigado a aceitar cláusulas aleatórias, abusivas, unilaterais,...”⁴⁴.

Nos contratos bancários com pessoas jurídicas inexistente de plano a presunção de aplicação da legislação consumerista, existindo na verdade a presunção de que os

⁴³ Apud: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* p. 453

⁴⁴ Apud: OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código...* p. 140

valores recebidos pela pessoa jurídica serão utilizados como insumos para a consecução de sua atividade comercial ou empresarial. Entretanto a jurisprudência após apreciar diversos casos, concluiu pela possibilidade de existir uma relação de consumo entre as pessoas jurídicas e os bancos, resultado de um contrato bancário. Entretanto, para a aplicação da legislação consumerista ao caso concreto se faz necessário que neste se configure a vulnerabilidade da pessoa jurídica em relação a instituição bancária. Para a configuração desta vulnerabilidade da pessoa jurídica é necessário que ela seja submetida a uma das práticas comerciais, previstas no Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor, momento em que as pequenas e médias empresas são equiparadas a consumidor por força do art. 29.

Assim, da mesma forma que as pessoas físicas, as pessoas jurídicas estarão sob a proteção da legislação consumerista quando demonstrarem que se encontram em estado de vulnerabilidade frente à instituição financeira, o que ocorre na prática pela utilização dos contratos de adesão e a presença das cláusulas abusivas nos contratos bancários. A vulnerabilidade nestes casos se apresenta nas palavras do magistrado ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JÚNIOR, em seu famoso acórdão acerca do tema, em que consignou: “Não há, como visto, distinção entre pessoa física e jurídica; e tão decantada ‘vulnerabilidade’, quando não aferível do indiscutível desequilíbrio que se há de reconhecer entre uma poderosa instituição financeira de um lado, e de uma pequena ou média empresa comercial, de outro, ressaí da utilização de contrato com cláusulas unilateralmente predispostas pelo economicamente mais forte.”⁴⁵

A estas considerações devem ser somados os comentários de RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR ao analisar os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em especial ao posicionamento adotada pela jurisprudência no que tange a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esta espécie contratual⁴⁶:

Em primeiro lugar, ficou definido que as operações bancárias estão submetidas ao Código de Defesa do Consumidor. De acordo com a nomenclatura usada no CDC, o banco, por

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 193051216. Relator: Antonio Janyr Dall'agnol Júnior. 19 maio 1993. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 697, p. 173-176, nov., 1993. p. 175

⁴⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os contratos bancários... p. 25

expressa disposição, é um fornecedor de serviços, e estes consistem na intermediação do crédito. O produto que ele oferece nessas operações é o crédito, e a coisa que dá ou restitui é o dinheiro. A atividade bancária encontra-se no âmbito do CDC, seja por força do que dispõe o art. 2º (a atividade bancária é um serviço), seja pela regra extensiva do art. 29 (o CDC regula as relações das pessoas expostas às práticas comerciais nele previstas).

Conclui-se que nos contratos bancários a aplicação das disposições consumeristas pela jurisprudência leva em consideração os seguintes fundamentos, a presunção de vulnerabilidade pelas pessoas físicas de acordo com o previsto no art. 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, momento em que se entende que a pessoa física se utiliza do crédito como destinatário final. E nos caso das pessoas jurídicas, a aplicação das disposições se fará por meio da equiparação prevista no art. 29, quando estas demonstrarem a sua vulnerabilidade perante as instituições bancárias.

6.1 AS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da cristalização do entendimento da aplicabilidade das disposições consumeristas aos contratos bancários, passou a entender determinados temas de forma unívoca levando a edição de três súmulas que demonstram claramente este entendimento.

A súmula n º 284 apresenta o seguinte enunciado: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.”⁴⁷, este entendimento leva em consideração o disposto no art. 3º, parágrafo primeiro do Decreto Lei 911 de 1969 que regula a alienação fiduciária em garantia, observando o contido nos artigos 6º, inciso VI e 53 do Código de Defesa do Consumidor.

A alienação fiduciária é a espécie de contrato bancário na qual o contratante transmite ao banco a propriedade de determinado bem para garantir o pagamento da dívida, restando a posse direta com o contratante, existindo a condição resolutiva de que ao final do pagamento da dívida este bem retorna a propriedade do contratante. A alienação fiduciária é definida por ARNALDO RIZZARDO como: “o negócio jurídico

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 284. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 824, p 151, jul., 2004. p.151

pelo qual uma das partes adquire em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolve-la, tão logo venha a ocorrer o acontecimento que se subordina a obrigação, ou tenha solicitada a restituição”⁴⁸ A alienação fiduciária tem seu tratamento legislativo na Lei nº 4.728 de 1965 e no Decreto Lei nº 911 de 1969.

Havendo a inadimplência por parte do contratante este se encontrará em mora, a qual por força do art. 3º parágrafo primeiro, do Decreto Lei nº 911 de 1969, poderá ser purgada somente quando o devedor tiver liquidado ao menos 40% (quarenta por cento) de sua obrigação, caso em que não haverá a dissolução do contrato, evitando a venda do bem por parte do banco para o cumprimento do contrato. Inicialmente o Superior Tribunal de Justiça, após o advento do Código de Defesa do Consumidor adotou o entendimento de que a norma supra citada teria sido revogada pelas disposições consumeristas, como se vê no voto do Ministro CESAR ASFOR ROCHA no Recurso Especial nº 157.688:⁴⁹

A norma contida no referido art. 53 deve ser interpretada ampliativamente, sempre tendo-se em conta que a sua finalidade está em preservar o consumidor de regras abusivas que importem não só na perda das prestações como do próprio bem, desde que o devedor restabeleça a regularidade dos pagamentos a que se comprometera, para adquiri-lo. Destarte, como salientado pelo recorrente, o Código de Defesa do Consumidor, ao afastar a perda automática das prestações pagas, em razão do inadimplemento do devedor, propicia também a proibição de interpretar dispositivos de lei anteriormente vigente que possa afronta-lo, em face de um direito individual criado pelo legislador e que objetiva impedir um dano patrimonial, como é o direito à purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária. Sendo assim, o obstáculo imposto pelo Decreto-lei nº 911/69 para a purgação da mora, não mais subsiste ante a norma contida no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, por isso que se afasta a aplicação daquela.

Entretanto, apesar deste entendimento inicial, o posicionamento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça se modificou para a possibilidade de purgação da mora somente nos casos em que o devedor efetuasse o pagamento mínimo previsto pelo art. 3º, parágrafo primeiro do Decreto-lei 911 de 1969, sendo este o entendimento adotado atualmente pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça e cristalizado na

⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 899-900

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 157.688/RJ. Relator: Barros Monteiro. 19 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=1997700872769&data=29/03/1999>> Acesso em: 05 set. 2004.

Súmula nº 284. O fundamento deste entendimento compreende que a obrigação do pagamento de no mínimo de 40% do valor da dívida decorre de uma disposição legal específica, não se caracterizando como cláusula contida no contrato de alienação fiduciária, hipótese na qual seria aplicável o contido no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, ainda esta disposição legal não se refere ao destino das parcelas pagas. Entendimento este apresentado originalmente pelo Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO.⁵⁰

Não tem apoio a interpretação que dá por revogado o § 1º do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 diante da disciplina do Código de Defesa do Consumidor, artigos 6º, VI, e 53. O art. 6º, VI, dispõe que o consumidor tem o direito básico de "efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". Ora, essa regra legal não tem nenhuma relação com a purgação da mora em processo sob o regime do Decreto-Lei nº 911/69. O comando do art. 53, por outro lado, que faz alcançar as alienações fiduciárias, refere-se a cláusulas contratuais sobre a perda das prestações, que são nulas de pleno direito. Mas, aqui não se cuida de cláusula contratual, e, sim, de regra jurídica impondo que, nos casos abrangidos pela lei, lei, portanto, especial, a purgação só será admitida se quitado o percentual indicado. Isso não viola direito algum do consumidor, não sendo razoável concluir pela revogação de uma lei por violar a mens legis de lei posterior, o que, claramente, não existe no direito positivo brasileiro, por conta da Lei de Introdução ao Código Civil.

O entendimento sumulado, apesar de se configurar contrário as pretensões consumeristas, com estas se encontra em conformidade, pois nos casos em que a mora não possa ser purgada, o consumidor terá direito a receber o equivalente as parcelas por ele quitadas durante a vigência do contrato. E caso, exista cláusula presente no contrato que determine o não pagamento de valores ao consumidor, esta será considerada como nula por força do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

A súmula nº 285 apresenta o seguinte enunciado: "Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista."⁵¹ Este entendimento tem como fundamento o reconhecimento dos contratos bancários como relações de consumo, os quais devem obedecer os mandamentos do

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 129.732/ Recurso Especial 129.732/RJ. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. 24 nov. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo?JurImagem/frame.asp?registro=1997002984870&data=03/05/1999>> Acesso em 05 set. 2004.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 285. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 824, p 151, jul., 2004. p.151

Código de Defesa do Consumidor, entre eles a observância do estabelecido no art. 52, parágrafo primeiro, acerca da multa moratória.

A multa moratória consiste no pagamento de determinada quantia sobre o valor da obrigação principal, a título de juros decorrentes da mora pelo devedor, ou seja, é a compensação ao credor pelo pagamento em atraso. A multa moratória antes do advento do Código de Defesa do Consumidor era estabelecida de acordo com a vontade das partes, o que na realidade não ocorria nos contratos bancários nos quais prevalecem os contratos de adesão, e por consequência o valor estipulado pelos bancos. Com a edição do Código esta multa ficou limitada a 10% do valor do contrato ao ano, de acordo com a redação original do parágrafo primeiro do art. 52, sendo que a Lei nº 9.298 de 1996 ao alterar o dispositivo em comento, determinou que a multa moratória deveria ser de 2% ao ano.

Seguindo estes parâmetros o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula em comento, que tem como fundamento o reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, aplicando-se a estes as regras referentes à proteção dos consumidores frente as cláusulas abusivas, entre elas a limitação da multa moratória.

Da súmula nº 285, pode-se retirar duas conclusões acerca da multa moratória existente em qualquer espécie de contrato bancário. A primeira compreende a obediência dos limites impostos pelo art. 52, parágrafo primeiro, nos contratos bancários firmados após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, sendo que nos contratos firmados antes desta a multa moratória está condicionada ao valor contratado pelas partes. A segunda se refere ao valor da multa moratória nos contratos posteriores a edição do Código de Defesa do Consumidor, aos quais estará limitada ao máximo de 10% ao ano nos contratos anteriores a Lei 9.298 de 1996, e nos contratos posteriores a esta modificação do art. 52 o valor de 2% ao ano, como adverte o Ministro CASTRO FILHO em recurso que serviu de precedente a edição desta súmula: “Entende este Tribunal ser a multa moratória devida no percentual de 10% (dez por cento), no caso de contrato firmado anteriormente à edição da Lei n.º 9.298, de 01.08.96, devendo o percentual ser reduzido para 2% (dois por cento) tão-somente

no caso de pacto celebrado posteriormente à referida alteração do Código de Defesa do Consumidor”⁵².

Por fim, ao se estudar o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, deve-se atentar para o conceito final acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor as instituições financeiras. Em 12 de maio de 2004 a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça votou o seguinte enunciado de súmula: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, o qual foi publicado como a súmula nº 297 no Diário da Justiça de 09 de setembro de 2004.

Esta súmula corresponde ao resumo do entendimento adotado naquele Tribunal acerca da aplicabilidade das disposições consumeristas aos mais diversos contratos bancários.

Ao se analisar os precedentes que embasam este entendimento sumulado, percebe-se que o fundamento para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor as instituições financeiras está no reconhecimento das atividades realizadas pelas instituições financeiras como fornecedoras de serviços, enquadradas na disposição do art. 3º, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor, principalmente no que se refere aos contratos bancários.

Este entendimento fica assente nas palavras do Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR em recurso que precedeu a edição desta súmula:⁵³

O recorrente, como instituição bancária, está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, não porque ele seja fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços, e seus direitos devem ser igualmente protegidos como o de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário.

A súmula nº 297 vem reiterar o entendimento adotado por todos os Tribunais brasileiros no sentido da aplicabilidade das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor as atividades bancárias, reconhecendo a estas o caráter de serviços

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 500.011/PR. Relator: Castro Filho. 21 out. 2003. Disponível em: <http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300246421&dt_publicação=10/11/2003>. Acesso em: 05 set. 2004.

⁵³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 57.974/RS... p. 405

prestados no mercado de consumo, tal qual como preconizado pelo art. 3º, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor. Afastando definitivamente os questionamentos que foram levantados pelas instituições financeiras, e que foram objeto deste trabalho.

7. CONCLUSÕES

Diante do todo analisado no presente trabalho articulam-se as seguintes conclusões acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários:

1. A tutela estatal para a proteção do consumidor se encontra consubstanciada na Constituição Federal em dois momentos: como direito fundamental esculpido no art. 5º, inciso XXXII, e como princípio da ordem econômica pelo disposto no art. 150, inciso V.
2. O Código de Defesa do Consumidor se apresenta como verdadeiro microssistema de normas e princípios destinados a reger as relações de consumo.
3. As normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor se apresentam como normas de ordem pública, de acordo com a disposição do art. 1º, que devem ser respeitadas pelos operadores do direito independentemente de disposição em contrário pelas partes que compõem a relação de consumo.
4. O Código de Defesa do Consumidor traz ao ordenamento jurídico diversos princípios a serem utilizados na regulamentação das relações de consumo. Entre eles o principal é o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor dentro do mercado, presente no art. 4º, inciso I, que fundamenta toda a tutela de proteção dos consumidores.
5. A relação de consumo, hipótese em que incidem as regras consumeristas, consiste em uma relação jurídica dotada de peculiaridades em relação aos seus elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e elementos objetivos (produtos e serviços).
6. A relação jurídica entre consumidor, ou pessoa a ele equiparada, e fornecedor, tendo como objeto o fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço, caracteriza a relação de consumo, sendo aplicável nesta relação à lei consumerista.
7. O conceito de consumidor para o direito brasileiro compreende as pessoas físicas e as jurídicas que se encontrem na posição de destinatário final do produto ou serviço, diferente das legislações estrangeiras que somente reconhecem a pessoa física.

8. O conceito de consumidor para fins da aplicação da lei consumerista não se restringe somente ao consumidor padrão previsto no art. 2º, sendo estendido para as demais figuras equiparadas a consumidor previstas pelo Código.
9. A equiparação a consumidor presente no art. 29 abrange a aplicação das disposições consumeristas as pessoas que se encontrem em estado de vulnerabilidade dentro do mercado de consumo, diante da exposição as práticas comerciais consideradas abusivas.
10. Fornecedor para o Código de Defesa do Consumidor fornecedor é a pessoa que profissionalmente atua dentro do mercado disponibilizando produtos e serviços mediante remuneração.
11. Os produtos para fins das relações de consumo são os bens que apresentam natureza patrimonial, passíveis de serem objeto de direitos subjetivos. Os serviços compreendem as prestações, remuneradas, realizadas pelos fornecedores.
12. Os contratos bancários compreendem todos os contratos em que uma das partes é uma instituição bancária que preencha os requisitos colocados pelo art. 17 da Lei 6.595 de 1964. O objeto destes contratos pode ser o crédito, produto típico dos bancos, ou qualquer outra obrigação que o banco venha a contratar.
13. Os contratos bancários da atualidade são na atualidade contratos de adesão, nos quais a vontade da parte que contrata com os bancos fica restrita a aceitação das condições previamente elaboradas pelos bancos. Nestes contratos encontramos cláusulas abusivas que impõem a um dos contratantes uma prestação excessiva, sem que exista uma contraprestação correspondente pelo banco contratante.
14. Os contratos bancários são firmados com pessoas físicas e pessoas jurídicas, que poderão ser consideradas como consumidoras pelo preenchimento da previsão do art. 2º, ou pela equiparação presente no art. 29, diante dos contratos de adesão.
15. Os bancos são considerados como fornecedores ao exercer atividades tipicamente empresárias, fornecendo ao mercado seu produto típico o crédito, e prestando serviços que não estejam relacionados diretamente a concessão e a circulação de crédito.

16. Apesar da natureza de circulação da moeda e do crédito, estes são considerados como produtos passíveis de regulação pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois, se enquadram dentro da categoria de bens juridicamente consumíveis, o que faz com que a pessoa que os receba por meio de contrato bancário possa ser considerada como destinatária final.
17. Inexiste para o Código de Defesa do Consumidor a diferenciação presente na nomenclatura bancária, em relação às atividades envolvendo crédito ou não. (operações bancárias e serviços bancários), pois, ambos são considerados como espécies de serviços colocados à disposição dos consumidores dentro do mercado de consumo.
18. A caderneta de poupança se encontra regulada pela legislação consumerista ao fornecer aos bancos remuneração indireta decorrente da diferença entre os valores arrecadados pelos bancos com o investimento do capital dos poupadores e o repassado, a estes, a título de remuneração pela aplicação.
19. O art. 3º, parágrafo segundo, não padece de vício de inconstitucionalidade frente ao art. 192 da Constituição Federal, ao passo que, não regulamenta qualquer atividade inerente aos bancos, e sim, determina regras de comportamento a serem observadas pelos bancos nas relações com seus clientes.
20. A jurisprudência brasileira reconhece a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a totalidade dos contratos bancários, incluindo os que envolvem crédito.
21. Nos contratos bancários firmados com pessoas físicas, a jurisprudência entende que a aplicação da lei consumerista se faz pela presunção de que esta recebe o crédito como destinatária final. As pessoas jurídicas, por sua vez, necessitam demonstrar a existência de vulnerabilidade frente aos bancos, sendo na maioria dos casos equiparadas a consumidores por força do disposto no art. 29.

8. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. As condições abusivas na concessão de crédito bancário. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 35-45, out./dez., 2001.

BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. As relações de consumo e o crédito ao consumidor. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 82, p. 13-23, abr./jun., 1991.

BENJAMIN, Antonio Hermen V.O Conceito Jurídico de Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 628, p.69-79, fev., 1988.

_____. O direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 670, p. 49-61, ago., 1991.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. I, 11^a ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor / Carlos Alberto Bittar*. 6. ed. rev., atual e. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONATTO, Cláudio. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor : principiologia, conceitos, contratos / Cláudio Bonatto, Paulo Valério Dal Pai Moraes*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2, p.5-71, jun. 1992.

BULGARELLI, Waldirio. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

BRASIL. Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. *Código Comercial*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ Lei 8.078 de 12 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Código Comercial*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 57.974/RS. Relator: Ruy Rosado de Aguiar, 25 de abril de 1995. *Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 97, p. 403-407, mar., 1996.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 106.888/PR. Relator: Cesar Asfor Rocha. 28. mar. 2001. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 161, p. 226-267, jan., 2003. p.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 129.732/ Recurso Especial 129.732/RJ. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. 24 nov. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo?JurImagem/frame.asp?registro=1997002984870&data=03/05/1999>> Acesso em 05 set. 2004.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 157.688/RJ. Relator: Barros Monteiro. 19 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=1997700872769&data=29/03/1999>> Acesso em: 05 set. 2004.

_____ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 500.011/PR. Relator: Castro Filho. 21 out. 2003. Disponível em: <http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300246421&dt_publicaçãõ=10/11/2003>. Acesso em: 05 set. 2004.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 284. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 824, p 151, jul., 2004.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 285. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 824, p 151, jul., 2004.

_____ Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 193051216. Relator: Antonio Janyr Dall'agnol Júnior. 19 maio 1993. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 697, p. 173-176, nov., 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor : o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ *Manual de direito comercial. 4 ed.* São Paulo: Saraiva, 1.993

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários ao código de defesa do consumidor*; coordenadores, José Cretella Júnior, René Ariel Dotti; organizador Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros – aplicação do CDC nas atividades bancárias. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, p.7-17, jul./set., 1998.

DE LUCCA, Newton. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, p. 78-87, jul./set., 1998.

_____ A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p. 74-88, jan./mar., 1993.

_____ *Direito do consumidor: aspectos práticos – perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

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

_____ *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004. Universitária, 1999.

_____ Responsabilidade civil do agente bancário e financeiro, segundo as normas do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 18, p. 105-124, abr./jun., 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrine Grinnover ... [et al.]. 6. ed.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____ *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo, Atlas, 1991.

GOMES, Orlando. *Contratos. 25. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ *Introdução ao direito civil. 13. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____ *Obrigações. 15. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOZZO, Débora. Lei consumerista, depósitos bancários e ação civil pública. *Revista de Direito Bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo, v. 14, p. 58-78, out./dez., 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor; algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p. 183-189, jan./mar., 1993.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. Consumidor e sistema financeiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p.87-101, abr./jun., 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINS, James. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 18, p. 94-104, abr./jun., 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, p. 19-38, jan./mar., 1998.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Sociedade de informação e serviços bancários: primeiras observações. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 39, p. 49-74, jul./set., 2001.

NETO LÔBO, Paulo Luiz. Contratos no Código do consumidor pressupostos gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 705, p. 45-50, jul., 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrine Grinnover ... [et al.]*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3, p. 46-47, set/dez 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante – 2ª ed. rev. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do consumidor e os contratos bancários.* Campinas: LZN Editora, 2002.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Direito Material (art. 1º a 54).* São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos. 2. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Contratos de crédito bancário. 3. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação civil pública. Operação bancária de caderneta de poupança. Inaplicabilidade de ação civil pública. Inocorrência de relação de consumo. Direitos individuais homogêneos. Carência de ação e coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 111-134, jan., 1998.

WALD, Arnaldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva; Bettiol, Luiz Carlos. Da inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, contida no § 2º. do art. 3º. do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo, v. 15, p. 295-314, jan./mar., 2002.

WALD, Arnaldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 666, p. 7-17, abr., 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 18, p. 125-132, abr./jun., 1996.

_____. Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor – uma nova abordagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 742, p. 57-66, ago. 1997.

ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 172-191, jan./mar., 2003.