

**JOÃO PAULO DE SOUZA CARNEIRO**

**O SUJEITO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS BANCÁRIOS  
- UMA LEITURA DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR  
BANCÁRIO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL -**

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

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Carmem Lúcia Silveira Ramos

**CURITIBA**

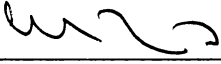
**2002**

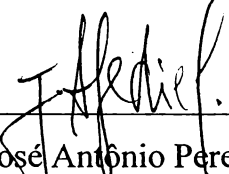
## TERMO DE APROVAÇÃO


JOÃO PAULO DE SOUZA CARNEIRO

O SUJEITO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS BANCÁRIOS  
- UMA LEITURA DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR BANCÁRIO NA  
PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL -

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

Orientadora:   
Prof. Carmem Lúcia Silveira Ramos

Examinadores:   
Prof. José Antônio Peres Gediel

  
Prof. Sérgio Seleme

Curitiba, 19 de novembro de 2002.

## SUMÁRIO.

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>1. A SUPERAÇÃO DO MODELO CONTRATUAL CLÁSSICO E O SURGIMENTO DO “HOMEM CONSUMIDOR”.....</b> | <b>2</b>  |
| 1.1 A ascensão da sociedade de consumo e a nova roupagem do discurso liberal...2              |           |
| 1.2 Reconhecimento jurídico das relações contratuais de massa.....6                           |           |
| 1.3 “O contrato é morto, viva o contrato!” .....10  |           |
| <b>2. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE OS CONTRATOS BANCÁRIOS.....</b>      | <b>15</b> |
| 2.1 Caracterização dos contratos bancários.....15   |           |
| 2.2 Os conceitos legais de consumidor e fornecedor e o meio bancário.....18                   |           |
| 2.3 O rol de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC e a defesa do consumidor bancário.....22    |           |
| 2.4 Explicitação da proteção pelo “Código de Defesa do Cliente Bancário”.....29               |           |
| <b>3. APLICAÇÃO DOS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO BANCÁRIAS.....</b>   | <b>33</b> |
| 3.1 A importância dos princípios para o sistema jurídico.....33                               |           |
| 3.2 Princípios informadores da nova ordem contratual e os contratos bancários.....37          |           |
| 3.2.1 A boa-fé objetiva.....39  |           |
| 3.3 Catividade e respeito à “confiança despertada” nos contratos bancários.....45             |           |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>50</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>  | <b>52</b> |

## RESUMO

Este trabalho trata da proteção do sujeito consumidor nos contratos bancários, apoiando-se na perspectiva civil-constitucional. No primeiro capítulo, aborda-se o surgimento da sociedade de consumo, que levou à superação do modelo contratual idealizado no século XIX, com o conseqüente reconhecimento jurídico da contratualidade de massa. No segundo capítulo, discorre-se acerca da legislação brasileira de proteção do consumidor e de sua incidência nas relações bancárias. E, no terceiro capítulo, fala-se da aplicação dos novos princípios contratuais, hauridos da Constituição, sobre os contratos bancários, dotando-os de um sentido social e transformador da realidade.

## INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 constitui-se em um marco da vivência institucional brasileira, ao consagrar juridicamente o Estado Social.

Essa conquista da nossa sociedade há de ser defendida em face daqueles que querem retirar dela a força normativa e a eficácia social.

No campo da contratualidade bancária, mais do que em qualquer outro, é indispensável reafirmar, a todo momento, a prevalência dos desígnios constitucionais em face do poder econômico-financeiro. As relações travadas entre o banco e o sujeito consumidor, correspondente jurídico do homem comum, devem ser encaradas sob a perspectiva civil-constitucional, para que não se tornem meio de espoliação e de agravamento da vulnerabilidade do contratante economicamente débil.

Partindo da perspectiva civil-constitucional, este trabalho aborda, inicialmente, a superação do modelo contratual clássico e o surgimento da contratualidade de massa, para traçar, em seguida, alguns aspectos de nossa legislação consumerista e de sua aplicação no meio bancário. Por fim, trata dos novos princípios contratuais, hauridos da Constituição.

Neste momento histórico, em que tanto se fala de globalização e de “fim dos Estados nacionais”, é preciso insistir na idéia de construção democrática do futuro, que informa o nosso ordenamento máximo, principalmente, e de forma candente, em seu art. 3º, que enuncia os objetivos humanísticos da República Federativa do Brasil.

É preciso rebater o discurso sinistro dos “cavaleiros da desesperança” que, neofatalistas, querem retirar dos cidadãos a idéia fundante da Modernidade, qual seja, a consciência de que o homem é autor de sua própria história. Para esses agentes do terrorismo econômico, nada pode ir contra os mandamentos do deus mercado. Recentemente, isso foi dito de forma clara pelo megaespeculador George Soros, que lembrou que os brasileiros não tinham o direito de escolher o Presidente da República...

Ao discorrer acerca dos princípios promotores de uma relação contratual justa e do arsenal legal de defesa do sujeito consumidor, este trabalho visa ressaltar a crença na força transformadora de nossa Constituição e de toda legislação que lhe é instrumental, como o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Defesa do Cliente Bancário.

Assim, tem a finalidade de ressaltar o primado da construção democrática do futuro, que se faz através da consecução do projeto de sociedade consignado na Carta política, sobre a imposição leonina de futuro, que se faz através da *lex mercatoria*.

## 1. A SUPERAÇÃO DO MODELO CONTRATUAL CLÁSSICO E O SURGIMENTO DO “SUJEITO CONSUMIDOR”.

### 1.1 A ascensão da sociedade de consumo e a nova roupagem do discurso liberal.

O chamado “Estado de Direito” surgiu a partir do ideário do liberalismo clássico, no decorrer do século XIX. Constituiu-se em uma projeção, no campo político, das concepções ideológicas libertárias por ele preconizadas, e cristalizou juridicamente os interesses da burguesia, nova classe dominante.

Visava, sobretudo, tutelar a Liberdade e sua condição fundamental: a Propriedade. O liberalismo apregoava a tutela da Liberdade, mas, paradoxalmente, impunha a Propriedade Privada como condição fundamental.

Nesse sentido, o Estado de Direito Liberal caracterizou-se por uma postura absenteísta, resumida no brocardo *laissez-faire, laissez-passer*. Para que se assegurasse o livre desenvolvimento das potencialidades individuais, o Estado não deveria interferir nas relações sociais da vida civil, pressupondo-se que a sua atuação era inevitavelmente sufocante, tendendo a esmagar e a espoliar os particulares. Basicamente, o aparato estatal só era autorizado a agir para defender o espaço no qual se realizava a Liberdade, qual seja, a Propriedade Privada: com efeito, o centro do Estado de Direito Liberal era a garantia da propriedade privada, para a qual se construiu toda uma máquina repressiva.

Para o discurso liberal oitocentista, a propriedade privada era um direito tão essencial que se constituía em pré-requisito para o reconhecimento de direitos de cidadania. Com isso, os não-proprietários – a imensa maioria da população – estavam fora do jogo político.

A propósito, ensina Marilena Chaui:

O Estado liberal julgava inconcebível que um não-proprietário pudesse ocupar um cargo de representante num dos três poderes. Ao afirmar que os cidadãos eram os homens livres e independentes, queriam dizer com isso que eram dependentes e não-livres os que não possuíam propriedade privada. Estavam excluídos do poder político, portanto, os trabalhadores e as mulheres, isto é, a maioria da sociedade.<sup>1</sup>

O estabelecimento do vínculo indissolúvel entre propriedade e cidadania, no ideário do liberalismo clássico, torna-se ainda mais patente ao se lembrar que o sufrágio universal só foi conquistado no século XX, mesmo nas democracias mais avançadas.

No decorrer do século XIX vigorou o voto censitário, ou seja, somente os indivíduos que detivessem propriedades e rendas acima de determinado patamar eram capazes de votar.

A identificação da burguesia como classe, no entanto, teve seus parâmetros modificados com o avanço do processo de acumulação capitalista. A produção massificada, ocasionada pela industrialização, permitiu o acesso, ilusório ou real, ao “modo de vida burguês”, para um número crescente de pessoas. O fenômeno da “sociedade de consumo” já é verificável no final do século XIX e início do século XX.<sup>2</sup>

O discurso liberal clássico, apropriado para um capitalismo centrado na pequena propriedade privada e tendo como padrão da classe dominante o comerciante individual, subordinado às regras da livre concorrência, perde legitimidade ante a transformação do sistema econômico: de um lado, surgem grandes corporações empresariais, de conotações monopolísticas; de outro, consolida-se, nos países centrais, uma classe média que, embora não seja detentora de meios de produção, anseia integrar-se à vida burguesa, através do consumo de bens e serviços.

No decorrer do século XX, esse processo se intensifica: o capitalismo concorrencial cede lugar ao capitalismo monopolista, com a consolidação de enormes conglomerados privados que controlam o fornecimento e a comercialização de bens

---

<sup>1</sup> CHAUI, M. **Convite à filosofia**. 10ª ed. São Paulo: Ática, 1998., p. 403.

<sup>2</sup> Conforme apontado por H.G. Wells, em 1909: “Com imenso prazer...começam a fazer compras...e mergulham nisso como quem imerge numa carreira; como classe, falam, pensam e sonham com a posse.”(H.G.WELLS *apud* HOBBSAWN, E. **A era dos impérios**. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2001. p. 233).

fundamentais. Ao “cidadão comum” não resta outra alternativa senão submeter-se às regras definidas por esses conglomerados, sob pena de ter a dignidade de sua vida comprometida.

Diante disso, o Estado é forçado, graças às pressões sociais provenientes dos setores desfavorecidos, a abandonar sua postura ausenteísta e a adotar uma postura intervencionista. Isso se caracterizou com o “Estado de Bem-Estar Social”, no qual a regulação política das relações econômicas passa a ser mais incisiva, e serviços essenciais, tais como o fornecimento de água, luz e energia elétrica passam a ser executados diretamente por empresas públicas.

A concentração capitalista, o crescimento da produção massificada e o desenvolvimento da mídia eletrônica são fatores que reforçam o poder das grandes empresas privadas perante os cidadãos comuns, denominados “consumidores”.

O indivíduo livre do liberalismo, que tinha autonomia para contratar ou não contratar segundo a sua vontade, deixa de ser o estereótipo do homem comum, consagrando-se, no campo ideológico, o “sujeito consumidor”, que é obrigado a adquirir bens e serviços para ajustar-se ao padrão de vida hegemônico.

Nesse sentido, leciona Carlos Ferreira de Almeida:

Para os consumidores enquanto tal não há geralmente possibilidades de escolha entre contratar e não contratar, pois que só o primeiro termo da alternativa lhes permite a satisfação (porventura incompleta) das necessidades vitais, como a alimentação, o vestuário, os transportes. A selecção da pessoa com quem se contrata é completamente anulada sempre que se verifiquem situações de monopólio (privado ou público) e relativamente reduzida, mesmo quando há pluralidade de fornecedores, pela insuficiência ou complexidade da informação, em termos de poder efectuar uma escolha racional e conveniente.<sup>3</sup>

Com o desenvolvimento da sociedade pós-industrial, essa vulnerabilidade do “sujeito consumidor” agrava-se ainda mais, tendo em vista que os fluxos comunicativos difundidos pela mídia eletrônica criam novas necessidades, que, por sua vez, requerem a intensificação do consumo. Incutem-se, por meio da publicidade,

---

<sup>3</sup> ALMEIDA, C. F. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina. p. 13.

anseios no público/consumidor, anseios para os quais são desenvolvidos produtos que os satisfaçam. O mercado inventa a necessidade para supri-la.<sup>4</sup>

Em face dessa situação de fragilidade máxima, em que a própria subjetividade do homem comum é manipulada em prol do consumo e dos interesses da produção, o discurso liberal ganha novas conotações, e passa a admitir a intervenção estatal nas relações contratuais de massa, a fim de que se garantam direitos fundamentais mínimos (cada vez mais extensos, seguindo a dinâmica do modo de produção) aos “cidadãos-consumidores” - surgem as “associações de consumidores”, de conotação pequeno-burguesa.

A concepção de que existe um “cidadão consumidor” e de que ele precisa da proteção estatal serve à expansão da economia de mercado, ao oferecer segurança para que as pessoas comuns dela participem, pela via do consumo. Além disso, as normas protetivas do consumidor, incidindo sobre a política da concorrência e o controle da publicidade, ajustam os mecanismos de mercado à garantia do bom funcionamento do sistema econômico. Nesse passo, mantém-se a viabilidade, tanto do ponto de vista operacional quanto ideológico, do capitalismo de feição monopolística.

## **1.2 Reconhecimento jurídico das relações contratuais de massa.**

O conceito jurídico de contrato surgiu a partir do ideário, consagrado pelas codificações oitocentistas, de que os homens eram livres e iguais para estabelecer vínculos entre si. Esse conceito pressupunha um indivíduo racional, que, expressando sua vontade, definia direitos e obrigações. Essa vontade criadora e os efeitos dela

---

<sup>4</sup> “Além disso, há o apelo constante do novo. Viver é estar de mudança para a próxima novidade. Com uma gama enorme de bens e serviços, para todas as faixas e gostos, a seu alcance, só resta ao indivíduo escolher entre eles e combiná-los para marcar fortemente a sua individualidade. Embora a produção seja massiva, o consumo é personalizado (vide o cheque ‘personalizado’). Assim, o sistema propõe, o indivíduo dispõe. É o pleno conformismo e o sistema parece triunfar de cabo a rabo.” (SANTOS, J. F. **O que é pós-moderno**. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1997. p. 88)

decorrentes deveriam ser reconhecidos e protegidos pelo Direito, porque representavam a exteriorização do espírito humano, transformador da realidade.

Os sistemas de Direito Privado do século XIX, das quais o código napoleônico (1804) é a precursora, punham a liberdade contratual como princípio basilar, minimizando as possibilidades de regulação nesse campo. O contrato seria um instituto abstrato, a-histórico, universal, sobre o qual teria se fundado o próprio Estado, com uma conotação mais despótica (Hobbes), mais liberal (Locke) ou mais solidária (Rousseau).

À medida que o modo de produção capitalista se desenvolve, surgem novas formas de acumulação e de circulação de riquezas, que requerem, por sua vez, a readaptação dos institutos jurídicos.

Assim, com a industrialização, as empresas criam sistemas de produção seriada, que exigem um consumo massificado. Para a comercialização dos bens e serviços seriados, desenvolvem-se métodos de contratação em massa, pelos quais os grandes fornecedores impõem cláusulas contratuais de forma unilateral, não admitindo discussão sobre o conteúdo das mesmas<sup>5</sup>.

Diante dessa nova dinâmica das operações econômicas, as concepções do liberalismo clássico, baseadas em uma “vontade criadora” de um “sujeito livre”, deixam de ser aplicáveis. Para as novas relações contratuais, céleres e homogêneas, a “intenção real” das partes perde relevância.

Há uma “objetivação” do contrato, no sentido de que a sua formação, execução e extinção passa a ser balizada por “standards”, por padrões de comportamento, pois a atribuição de relevância decisiva à vontade individual seria incompatível com a celeridade e a segurança das contratações exigidas pela economia de massa no tocante às contratações.

Esse novo paradigma contratual é propício ao capitalismo monopolista, marcado pela hegemonia das grandes corporações, tendo em vista que oferece uma

---

<sup>5</sup> “En este contexto, no tendría sentido que cada ‘consumidor’ discutiera sus condiciones de acceso al bien o servicio ‘individualmente’, pues las formas y los ‘contenidos’ del contrato resultarán iguales, por reflejo de la estructura de producción y consumo homogeneizado de los bienes y servicios.” (GHERSI, C. A. **Contratos civiles e comerciais** – tomo 1. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 25.)

maior praticidade, previsibilidade e segurança para as empresas. Por outro lado, acentua a vulnerabilidade da parte contratualmente fragilizada: aos consumidores, carentes de um poder econômico de imposição, só resta submeter-se ao já estipulado (aderir), pois a não aceitação das propostas feitas pelos contraentes fortes os privaria de insumos essenciais. A esse respeito, observa Cláudia Lima Marques:

Esse método de contratação obteve sucesso pelas vantagens que sua utilização traz aos fornecedores e mesmo aos consumidores. A contratação é mais rápida e facilitada, não se faz uma diferenciação entre os consumidores desta ou de outra classe social, o método racionaliza a transferência de bens de consumo na sociedade, possibilitando também a previsão dos riscos por parte dos fornecedores. Entre as vantagens que apresenta, está a rapidez de sua adaptação a novas situações, bastando imprimir um novo contrato modelo e imprimi-lo em um novo formulário. De outro lado a sua elaboração prévia e unilateral como que facilita a inclusão de cláusulas abusivas, cláusulas que asseguram vantagens unilaterais e excessivas para o fornecedor que as elabora.<sup>6</sup>

A contratação massificada, por meio dos contratos de adesão ou das cláusulas gerais contratuais, atende aos interesses das grandes empresas, na medida em que simplifica a forma de estabelecimento de vínculos patrimoniais, dando agilidade e velocidade para o oferecimento de utilidades para o público, facilitando, também, a captação de lucros daí decorrentes. Constitui-se, pois, em um instrumento jurídico adequado às novas operações econômicas do capitalismo fordista.

A liberdade contratual conferida aos detentores dos meios de produção e de distribuição dos bens e serviços necessários a uma vivência digna resulta na supressão da liberdade contratual, prometida pela ideologia liberal, ao homem comum. Este, conforme já visto anteriormente, fica à mercê dos interesses dos contraentes poderosos, que, valendo-se de sua posição contratual predominante, impõem condições excessivamente onerosas, flagrantemente desiguais.

Em face dos abusos institucionais e das distorções geradas pelo exercício, em larga escala, dos poderes privados por parte das grandes empresas (fornecedores), que levam à perpetração de enormes injustiças às partes hipossuficientes (consumidores),

---

<sup>6</sup> MARQUES, C.L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995. p. 48.

requer-se a “intervenção autoritária externa do poder público”<sup>7</sup> nas relações contratuais de massa, dando a elas uma disciplina jurídica garantidora dos direitos fundamentais da pessoa humana. Ao mesmo tempo, mantém-se a funcionalidade do sistema econômico capitalista, quer em suas bases reais, quer em seus fundamentos ideológicos.

A “intervenção autoritária externa do poder público” destina-se a dar, aos contraentes hipossuficientes, um certo grau de segurança, no sentido de que suas expectativas contratuais legítimas serão atendidas. Essa nova perspectiva, protetiva, é decorrência direta do compromisso assumido pelo Estado de Bem-Estar de promover a justiça social.

Visando concretizar o compromisso de promover a justiça social, o Direito recepciona os contratos massificados, criando uma normativa com eles compatível, reconhecendo a vulnerabilidade de uma das partes e impondo ao contratante poderoso (fornecedor) uma série de deveres, entre os quais se destacam os de transparência e de informação. Além disso, a fim de assegurar a efetividade da tutela protetiva, o Direito dota as leis atinentes às relações contratuais de massa de dispositivos gerais, potenciais, que abarcam todas as possibilidades de abusividade, de onerosidade excessiva e de imposição unilateral da vontade poderosa do fornecedor. Tais leis, sendo de ordem pública, prevalecem sobre a letra do contrato, sobre “o que está assinado”.

A nova contratualidade, portanto, é dotada de uma disciplina jurídica diferenciada, marcada por normas abertas, a serem caracterizadas no caso concreto, e pelo redescobrimto de princípios solidarísticos, como os da boa-fé e da equidade. A fluidez de tal disciplina justifica-se pela obsolescência, cada vez mais perceptível, dos regramentos minimalistas e detalhistas, incapazes de acompanhar a rapidez com que surgem levam a novas e específicas formas de contratação, decorrentes do constante lançamento, no mercado, de novos produtos e serviços.

---

<sup>7</sup> Na feliz expressão de Enzo Roppo, utilizada em sua obra clássica. (ROPPO, E. **O contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998. p. 327.)

A “intervenção autoritária externa do poder público” nos contratos de massa funciona em duas frentes: preventiva e repressiva. Na primeira, o Estado Democrático de Direito, através do Poder Legislativo, cria uma normativa adaptada à nova contratualidade, exigindo até mesmo a presença de cláusulas obrigatórias em determinados contratos de adesão, e impondo injunções aos fornecedores, como a obrigação de contratar – mormente no caso dos serviços públicos. Na frente repressiva, o Poder Judiciário reprime a prevaricação contratual por meio da iniquação de nulidade a cláusulas abusivas, mantendo a vigência do contrato, e determinando a modificação das condições estipuladas para restabelecer o equilíbrio das prestações, dentre outras medidas.

Em face do exposto, pode-se afirmar que o Direito reconhece a possibilidade de se entabularem relações contratuais de massa, o que interessa às grandes corporações monopolísticas. Entretanto, através de uma crescente regulação estatal, mitiga-se a desigualdade material verificada na vida econômica, buscando-se um mínimo de proteção legal ao homem comum, recepcionado juridicamente como “sujeito consumidor”, para que ele se insira na cadeia produção-consumo – e participe, dessa forma, do avanço do processo de acumulação capitalista.

### **1.3 “O contrato é morto, viva o contrato!”**

A frase acima, dita por Fredrick Kessler, sintetiza a idéia de historicidade do contrato, compreendendo a aceitação da sua evolução ao longo do tempo e da sua mutação em vista das circunstâncias. Falar da “morte do contrato” só tem sentido se se partilha do pensamento segundo o qual haveria uma “essência” desse instituto jurídico, imutável e indiferente à história.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> “Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma “essência” do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo – o que é duvidoso – que também aquela fase tenha

Em face da crescente regulação estatal da vida econômica, que visa disciplinar, para a saúde do sistema econômico, o exercício de poderes normativos privados por parte das empresas monopolísticas, o contrato ganha um novo perfil, funcionalizado. Se, antes, era tão-somente o espaço por excelência da autonomia privada, onde os particulares realizavam seus objetivos egoísticos, na sociedade de massas passa a ser um instrumento com fundamentação política, submetido aos valores constitucionais. Nesse sentido, trata Leonardo Mattietto:

A diminuição da intensidade da autonomia privada, diante do dirigismo estatal e da prática cada vez mais freqüente dos contratos de adesão, operou o enfraquecimento da ideologia do contrato como fruto da liberdade individual. Embora já se tenha afirmado o declínio e até mesmo a morte do contrato, na realidade há a sua transformação para atender a novas realidades e desafios vividos pela sociedade.<sup>9</sup>

E mais adiante:

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da *justiça substancial*, com o eixo da relação contratual se deslocando da *tutela subjetiva da vontade* à *tutela objetiva da confiança*.<sup>10</sup>

Na economia de massa, caracterizada pela celeridade das operações econômicas, não há como se proteger a vontade egoística de um indivíduo ou de uma empresa; o que se busca resguardar são expectativas legítimas, socialmente determinadas. Assim, a aplicação e interpretação de cláusulas contratuais põe em relevo o interesse coletivo, balizando-se por padrões de comportamento, por atos típicos, “standards”, pelo que é esperável e previsível na sociedade.

---

correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma “essência” histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações.” (Ibid., p. 348)

<sup>9</sup> MATTIETTO, L. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 175.

<sup>10</sup> Ibid., p. 176.

Nesse processo, vislumbra-se uma função social do contrato, considerando-se que os efeitos do acordo de vontades não se limitam à esfera jurídica dos sujeitos contratantes, tendo repercussão perante terceiros. Por isso, há interesse público na imposição de um conteúdo solidarístico aos contratos, conteúdo este que justificaria a proteção conferida pelo Direito.

Esse redimensionamento do papel do contrato rompe com a normativa posta pelas codificações do século XIX, pelas quais o Estado deveria apenas zelar para que os contratantes respeitassem o livremente estipulado. As restrições à vontade das partes eram mínimas, e diziam respeito, notadamente, à manutenção da ordem pública e aos bons costumes.

Essa regulação jurídica do contrato destinava-se a defender uma certa ordem social, baseada no individualismo e sustentada ideologicamente na autonomia da vontade e na propriedade privada. Por ser elaborada para um determinado momento histórico – a afirmação do capitalismo e da burguesia – essa regulação estava longe de ser universal e absoluta, como apregoavam os seus ideólogos.

Após a ascensão do Estado intervencionista no século XX, a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, objetivando atingir os fins sociais definidos no embate político.

No caso brasileiro, a perspectiva humanística, transformadora e construtora da realidade, firmada pela Constituição Federal de 1988, dá condições para uma conformação jurídica dos poderes privados – notadamente proprietários e contratuais – de forma a comprometê-los com a dignificação da pessoa humana e com a redução das desigualdades.

Informada pela visão constitucional, a disciplina legal da “nova contratualidade” pressupõe a superação das concepções individualistas segundo as quais haveriam direitos inatos, naturais ao homem, que preexistiriam a qualquer ordem jurídica.

Visto sob o paradigma da função social, o contrato fica sujeito aos valores consagrados legal e constitucionalmente, sob pena de nulidade. Estabelece-se, pois, um compromisso da autonomia privada com as finalidades maiores da coletividade: à

liberdade do *idiotes* corresponde um dever para com a *polis*. A autonomia privada reconhecida pelo Estado nas relações contratuais passa a ter uma conotação axiológica, merecendo tutela enquanto fator de progresso coletivo, conforme nos ensina Pietro Perlingieri<sup>11</sup>.

A nova normativa do contrato, imposta pela Constituição Federal de 1988 e presente em textos jurídicos subseqüentes, como o Código de Defesa do Consumidor, fundamenta-se em uma perspectiva que vincula a liberdade dos particulares à construção de uma nova sociedade, “livre, justa e solidária”, conforme estatui o artigo 3º, inciso I, de nosso diploma fundamental.

Nessa direção, o artigo 421 do novo Código Civil dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A consequência da inobservância da função social do contrato será a nulidade, ou até mesmo a declaração de sua inexistência, pois o ordenamento jurídico não pode validar um uso abusivo dos institutos jurídicos, desconexo do interesse geral. Cláusulas contratuais com objeto egoístico, centradas em pretensões lesivas aos valores existenciais da pessoa humana e dissonantes do direcionamento político-constitucional da vida econômica, não merecem o reconhecimento do Direito e a tutela estatal. Isso está no ideário da Constituição de 1988, que, dentre outras disposições correlatas, põe a dignidade da pessoa humana entre seus princípios fundamentais (art. 1º, III), afirma a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), e cria uma “ordem econômica”, que dá à sociedade brasileira a missão de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170).

Essa nulidade que tisona o contrato descomprometido com a promoção do bem comum decorre, pois, e diretamente, do texto constitucional, sendo desnecessário dispositivo legal expresso a respeito. Um contrato despreendido de função social traz consigo sempre um objeto ilícito, pois contraria as finalidades do ordenamento jurídico pátrio, que subordina a autonomia privada a imperativos sociais, consoante explicitado pelos dispositivos constitucionais acima citados.

---

<sup>11</sup> PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. *passim*.

A auto-regulamentação dos particulares só gera efeitos jurídicos válidos enquanto ajustada a valores solidarísticos; sendo assim, caso a parte contratante forte imponha exigências iníquas ao contratante vulnerável, valendo-se de sua posição predominante (*Machtposition*), elas deverão ser declaradas nulas pelo juiz ou órgão administrativo competente e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do Código de Defesa do Consumidor).

A sociedade massificada, industrial ou pós-industrial, exige um novo enfoque das relações contratuais, que não se preocupe tanto com a proteção da vontade individual e se concentre, com mais vigor, no resguardo da confiança, das expectativas socialmente aceitáveis. Dada a celeridade e a complexidade da vida atual, que implica no estabelecimento de liames entre um grande número de pessoas, as normas jurídicas deixam de tutelar exclusivamente a intenção dos indivíduos contratantes, protegendo, principalmente, os efeitos do contrato para toda a coletividade.

O “novo contrato”, alicerçado em uma perspectiva civil-constitucional, ultrapassa o círculo patrimonial e existencial dos sujeitos contratantes, passando a ter um papel importante na consecução de objetivos políticos perseguidos pela comunidade.

Submetido a uma função social, pela Constituição de 88 e, agora, pelo novo Código Civil, o contrato, longe de “morrer”, evolui, rejuvenesce, ganha um novo sentido, mais amplo e mais rico em comparação àquele que lhe era reservado pelo Direito liberal clássico.

## **2. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE OS CONTRATOS BANCÁRIOS.**

### **2.1 Caracterização dos contratos bancários.**

Os contratos bancários podem ser definidos como aqueles que têm, necessariamente, como uma das partes contratantes, um banco ou instituição financeira.

Em decorrência do modo de desenvolvimento da economia contemporânea, a entabulação desses contratos tornou-se indispensável para a inserção social, considerando-se que é por meio deles que se movimenta a cadeia produção-consumo. Atualmente, mesmo em países periféricos como o Brasil, praticamente todas as classes sociais (exceção feita aos chamados “excluídos”, que mais que socialmente excluídos, o são das relações de consumo) relacionam-se com os bancos, seja para levantar capital, seja para receber salário ou pagar contas.

O contrato bancário, no dizer da professora Cláudia Lima Marques, “é o contrato de adesão por excelência”<sup>12</sup>, é o mais adaptado ao capitalismo de massas, refletindo, como nenhum outro, as mudanças da “nova contratualidade”.

Nele, são verificáveis, na grande maioria dos casos, o estabelecimento de vínculos negociais dentro de esquemas padronizados, por mera conduta típica ou comportamento concludente, com “condições gerais” impostas pelo poder regulamentar privado da instituição financeira.

Por serem massificados, a participação de um dos contratantes limita-se à aceitação total das cláusulas prefixadas pela outra parte para reger a relação. Com isso, possibilita-se ao banco a realização, com um grande número de pessoas, de operações idênticas, diminuindo riscos, proporcionando rapidez, e levando a uma melhor contabilização de resultados.

---

<sup>12</sup> MARQUES, Op. cit., p. 141.

Ressalte-se, ademais, que essa característica da adesividade decorre, não raro, da intervenção estatal, que, visando dotar de uniformidade as operações bancárias, chega até mesmo a determinar a minuta dos contratos a serem realizados.

A principal característica dos contratos bancários é a *profissionalidade*, tendo em vista que se requer, para que sejam reconhecidos como tais, a presença de um banco em um dos pólos da relação. Note-se que isso acaba por levar, na grande maioria dos casos, a uma inevitável fragilidade do outro pólo contratante, pois o banco, para funcionar, depende de autorização governamental, que se pauta por critérios de solidez financeira.\*

Com isso, tem-se, pela própria determinação estatal, um contratante forte, poderoso economicamente e especializado nas operações de crédito, e, de outro, o homem comum, cujo correspondente jurídico é o “sujeito consumidor”.

Em vista de sua relevância para o bom andamento das atividades econômicas, os contratos bancários dão-se sob o signo da *confiança* de parte a parte. Este elemento é essencial para que as pessoas realizem operações sem que as suas expectativas sejam frustradas, num ambiente de segurança e boa-fé objetiva em, do ponto de vista do banco, para que se preserve a sobrevivência da instituição financeira.

Daí a importância dos cadastros de inadimplentes, como conjunto de dados destinado a evitar o fornecimento inadequado do crédito, e das garantias reais e fidejussórias solicitadas pelos bancos na concessão de empréstimos. Nesse campo, a proteção do consumidor deve ser exercida no sentido de coibir a utilização distorcida dos “serviços de proteção ao crédito”, para que os mesmos não se tornem fator de coação, e de desautorizar eventuais exigências excessivas das instituições financeiras que dificultem a oferta do crédito. No outro pólo, o consumidor do serviço bancário deve assegurar-se da observância do ajustado e do respeito aos seus direitos.

---

\* Nesse sentido, o art. 3º, inciso VIII, da lei 4.595/64, dispõe que “a política do Conselho Monetário Nacional objetivará zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras” e o art. 4º, inciso XIII, da mesma lei estabelece que “compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, delimitar, com periodicidade não inferior a dois anos, o capital mínimo das instituições financeiras privadas, levando em conta sua natureza, bem como a localização de suas sedes e agências ou filiais”.

Diante das peculiaridades existentes nos contratos bancários, a normativa a eles aplicável há que ser permeada pelo dirigismo contratual,<sup>13</sup> por uma interferência controladora e conformadora do Estado. Nessa perspectiva, trata Juan M. Farina:

La actividad bancaria está inserta en el ámbito del derecho privado. pero, dada su transcendencia social, requiere la participación del Estado mediante una regulación específica, destinada a evitar que se desvirtúe la función intermediadora en el crédito que tienen las entidades financieras y una normativa que brinde la debida tutela al cliente mediante reglas claras, que definan previamente las condiciones en que el tomador del crédito ha de participar en la operatoria financiera.<sup>14</sup>

Em nosso ordenamento jurídico, conforme já ressaltado, as atividades das instituições bancárias estão submetidas aos princípios constitucionais da ordem econômica, insculpidos no artigo 170 da Carta Magna.

Em virtude disso, segundo a diretriz constitucional, deveriam tais instituições direcionar suas ações em prol da redução das desigualdades, da consecução da justiça social e da proteção do consumidor. Para tanto, o sistema jurídico nacional possibilita a intervenção estatal nas relações bancárias, impondo principalmente ao Banco Central a execução de tal tarefa, no que segue o direito italiano, cuja Constituição confere ao Estado a disciplina, coordenação e controle do exercício do crédito.<sup>15</sup>

Na prática, entretanto, os contratos bancários, sendo regidos por cláusulas elaboradas unilateralmente, tendem a sujeitar o cliente aos planos e diretivas encaminhados para o melhor êxito das atividades do próprio banco, causando a espoliação econômica do contratante hipossuficiente. Além disso, as instituições financeiras, utilizando de forma distorcida o grande número de informações sobre seus

---

<sup>13</sup> “O termo *dirigismo* possui conteúdo conceptual muito mais próximo à realidade de nosso tempo do que *intervencionismo*. Os estudiosos do assunto têm demonstrado claramente essa preferência, em especial no Brasil. O dirigismo, como forma de ingerência estatal, não se confundiria com o mero intervencionismo episódico e assistemático do período anterior. Agora o Poder Público disciplinaria, dirigiria e vetorizaria a economia (e, por extensão, os contratos).” (LOBO, P. L. N. **O contrato** – exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 26.

<sup>14</sup> FARINA, J M. **Contratos comerciales modernos**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1997. p.521.

<sup>15</sup> “Per la sua importanza, l’attività bancaria há un rilevanza costituzionale, in quanto è previsto che ‘la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme: disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito” (art. 47 co. 1º Cost.)” (AULETTA, G. e SALANITRO, N. **Diritto commerciale**. 9ªed. Milano: Giuffrè, 1994. p. 473.)

clientes (o que é necessário para o estabelecimento de transações lucrativas, evitando-se a inadimplência) freqüentemente lesam seus direitos no que concerne aos direitos de personalidade e cidadania.

A fim de impedir a consecução desses abusos, torna-se imperativa a incidência da legislação consumerista nos contratos bancários. Em nosso direito positivo, isso é possibilitado pelo artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual todo aquele potencialmente atingido por práticas abusivas está inserido em seu âmbito normativo. Recentemente, com a edição do chamado “Código de Defesa do Cliente Bancário”, por meio da Resolução 2.878/2001, conferiu-se uma disciplina protetiva específica para as relações com as instituições financeiras.

## **2.2 Os conceitos legais de consumidor e fornecedor e o meio bancário.**

O legislador brasileiro procurou, no Código de Defesa do Consumidor, traçar os principais parâmetros dos conceitos jurídicos de consumidor e de fornecedor, facilitando o trabalho hermenêutico da doutrina e da jurisprudência. Desta sorte, consta, no artigo 2º da referida lei, que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, e, no artigo 3º, que fornecedor “é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O artigo 2º define consumidor como destinatário final, ou seja, como aquele sujeito que utiliza o produto ou serviço de maneira a retirá-lo do ciclo econômico, sendo o derradeiro adquirente ou usuário. Esse seria o agente merecedor de tutela, para o qual estaria disponível a legislação protetiva, excluindo-se, pois os consumidores intermediários, que se valeriam do produto ou serviço para atuarem na cadeia produtiva com finalidade de lucro.

Com base na idéia de destinação final, parte da doutrina, capitaneada pelo professor Arnoldo Wald,<sup>16</sup> defende que inexistente relação de consumo entre o cliente (pessoa física ou jurídica) e o estabelecimento bancário, pois o dinheiro e o crédito, por sua própria natureza, destinam-se à circulação como meio de pagamento. Em relação a esses bens somente os colecionadores de moedas e o Banco Central, quando retira a moeda de circulação, poderiam ser destinatários finais. O CDC seria aplicável tão-somente a serviços bancários como a guarda de documentos e locação de cofres.

A posição acima referida, embora ainda seja brandida pelos bancos, não é a mais acertada em vista dos princípios constitucionais e da sistemática da lei 8.078/90. Com efeito, as regras e os conceitos do Código de Defesa do Consumidor devem ser interpretados à luz do princípio da vulnerabilidade, disposto no art. 4º, I, desse estatuto, e que está implícito na Constituição Federal, que, ao conferir ao Estado a defesa do consumidor, reconhece a fragilidade deste sujeito.

Nesse sentido, tendo a vulnerabilidade como argumento diretor do Código, conclui-se que o consumidor é destinatário final porque é o último agente do ciclo econômico, aquele a quem de fato o produto é dirigido, com todas as suas peculiaridades e vícios, conforme leciona Juliana Santos Pinheiro.<sup>17</sup>

Como último elo da cadeia, o destinatário final não tem poder para interferir no processo econômico - ao contrário dos intermediários e comerciantes, que dele participam de forma ativa - devendo se submeter aos desígnios dos titulares dos meios de produção.

A partir do estabelecimento da relação entre destinação final e vulnerabilidade, torna-se possível a inclusão dos contratos bancários na disciplina do CDC: o cliente da instituição financeira enquadrar-se-ia no conceito do art. 2º, *caput*, se toma os recursos para a realização de atividades próprias, sem repassar o crédito obtido. Desta forma, ele seria destinatário final daquela relação de consumo específica travada com a instituição financeira. Ao utilizar o montante obtido junto ao banco, constituirá outras

---

<sup>16</sup> WALD, Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 666, Abr. 1991, p.7-17.

<sup>17</sup> PINHEIRO, J.S. O conceito jurídico de consumidor. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 325-356.

relações, desligadas da anterior, e que não o descaracterizam como destinatário final do contrato bancário. Por outro lado, se o cliente lança mão dos recursos para exercer atividades intermediárias, com intuito lucrativo, a sua condição de destinatário final não mais subsistiria, estando, portanto, ao desabrigo da tutela protetiva do CDC.

O entendimento acima esposado torna complexa a verificação, no caso concreto, da incidência da legislação consumerista nas operações bancárias. O cliente bancário, para se valer das regras do CDC, deveria provar sua condição de destinatário final, e a partir daí, a sua vulnerabilidade, exigências estas que dificultariam a sua proteção. Ressalte-se, também, que a destinação final, nos contratos bancários, é de difícil configuração, podendo-se restringi-la às operações passivas (poupança, conta corrente sem concessão de crédito, etc.), pois as operações financeiras de risco (aplicação de dinheiro em bolsas de valores e títulos da dívida pública, etc.) indicariam a intermediação, ou seja, que o cliente destinará os recursos como meio de produção e obtenção de lucro, atuando como investidor.

Em virtude dos problemas inerentes ao critério da destinação final, há que se buscar outro dispositivo legal, que não o art. 2º, *caput*, que possibilite a recepção do cliente bancário como consumidor de forma mais ampla e mais clara. Esse dispositivo é o art. 29, que equipara a consumidor toda e qualquer pessoa exposta às práticas comerciais condenadas pelo Código.

A figura do “consumidor-equiparado” do art. 29 é a mais apropriada para abarcar o cliente bancário, e mediante o emprego desse conceito pode-se conferir a ele a disciplina protetiva do CDC.

Os contratos entabulados com as instituições financeiras, como “contratos de adesão por excelência”, são aqueles que mais possibilitam a prevaricação contratual da parte poderosa.

Logo, a extensão conceitual do art. 29 é plenamente aplicável ao cliente bancário, que está exposto à publicidade enganosa, ao mau uso de bancos de dados e outras práticas abusivas corriqueiras na contratualidade de massas. Nesse sentido, refere Antônio Carlos Efig:

De nada valeria fazer a previsão de inúmeras práticas reprováveis lançadas pelos fornecedores sem equiparar as vítimas destas práticas (comerciais e contratuais), para efeito da proteção outorgada pelo CDC a consumidores.

A norma do art. 29 da Lei 8.078/90 incide nas relações bancárias de consumo, pelo fato de que a quase totalidade dos contratos bancários são de adesão (art. 54 do CDC), contendo cláusulas abusivas (art. 51) do CDC). Assim, a mera exposição da pessoa física ou jurídica ao contrato de adesão já estabelece a equiparação ao consumidor destinatário final (art. 29 do CDC).<sup>18</sup>

A figura do consumidor-equiparado do art. 29 há que ser interpretada dentro do princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I) que é o argumento determinante do CDC: a legislação protetiva é destinada a quem dela precisa. Assim, nela se enquadra o cliente bancário pessoa física e o *profissional vulnerável*, como, por exemplo, o advogado que realiza um empréstimo para instalar seu escritório. Em favor do primeiro milita uma presunção de vulnerabilidade, ao passo que o segundo deve prová-la.

Se do conceito legal de consumidor do art. 29 conclui-se pela incidência da legislação consumerista sobre a grande maioria dos contratos bancários corriqueiramente entabulados (poupança, conta corrente), o mesmo se extrai do conceito legal de fornecedor. A caracterização dos bancos ou instituições financeiras como fornecedores decorre do art. 3º, *caput*, pois são pessoas jurídicas que desenvolvem atividades relativas à comercialização de produtos ou prestação de serviços, sendo que, pelo § 2º, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Ora, dentre as atividades de natureza bancária fornecidas no mercado de consumo inserem-se tanto a expedição de extratos, a cobrança automática, etc., quanto a concessão de mútuos ou financiamentos. Num e noutro caso exige-se do cliente uma remuneração: no primeiro caso, por meio das “taxas” cobradas pelas instituições financeiras, e, no segundo caso, através do lucro obtido entre a taxa de captação de dinheiro e taxa cobrada do financiado – *spread*, juros.

---

<sup>18</sup> EFING, A. C. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999. p. 56.

Diante do exposto, resulta indubitável a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, uma vez que o cliente bancário subsume-se ao conceito de “consumidor-equiparado” do art. 29 dessa norma legal, ao mesmo tempo em que o banco ou instituição financeira está dentro do conceito de fornecedor haurido do art. 3º, § 2º.

### **2.3 O rol de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC e a defesa do consumidor bancário.**

O Código de Defesa do Consumidor, além de dotar as partes contratualmente débeis de proteção em um momento pré-contratual, criando novos direitos para os consumidores e novos deveres para os fornecedores, assegura ainda uma proteção após o aperfeiçoamento do negócio, possibilitando seu controle judicial.

Nessa direção, a nossa legislação consumerista, em seu art. 51, rechaça a imposição das chamadas “cláusulas abusivas”, ou seja, daqueles dispositivos contratuais que estabelecem vantagens desproporcionadas para a parte que detém posição preponderante na relação negocial, agravando a vulnerabilidade do sujeito consumidor.

As cláusulas abusivas são tisanadas de nulidade absoluta, que é a sanção de invalidade mais rigorosa existente no direito civil.

O art. 51 traz um rol de cláusulas repudiadas pelo ordenamento jurídico, de cunho meramente exemplificativo. Isso deflui de seu inciso IV, que se constitui em uma norma geral de boa-fé objetiva, ao reputar nulas as disposições contratuais que

“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, e de seu inciso XV, que inclui na lista de cláusulas abusivas toda disposição contratual que “esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”.

Na verdade, todo o rol elencado no art. 51 poderia ser substituído tão-somente pelo inciso IV, fixando-se um preceito genérico de proteção contratual, como ocorre na legislação norte-americana (Seção 2-302 do *Uniform commercial code*<sup>19</sup>). Entretanto, o legislador brasileiro preferiu explicitar as principais hipóteses de abusividade para facilitar a defesa dos interesses dos consumidores. A respeito da norma geral do inciso IV do art. 51, comenta Cláudia Lima Marques:

O inciso IV do art. 51 combinado com o §1º deste mesmo artigo constitui, no sistema do CDC, a *cláusula geral* proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo. O inciso IV, de nítida inspiração no §9º da lei alemã, proíbe de maneira geral todas as disposições que ‘estabeleçam obrigações consideradas iníquas, *abusivas*, que coloquem o consumidor em *desvantagem exagerada* ou seja, incompatíveis com a boa-fé e a equidade’. As expressões utilizadas, boa-fé e equidade, são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao juiz; caberá, portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, escondida no inciso IV do art. 51, a almejada *justiça e equidade contratual*.<sup>20</sup>

No caso de uma cláusula contratual enquadrar-se nas hipóteses previstas nos incisos do art. 51 do CDC, ela passa a ser vista como abusiva, e, conseqüentemente, nula de pleno direito, conforme antes observado.

Entretanto, o restante do contrato permanece válido e com as expectativas legítimas dele decorrentes resguardadas pelo direito, a não ser que da ausência da cláusula abusiva advenha onerosidade excessiva. Tal raciocínio depreende-se do §2º

---

<sup>19</sup> Essa norma legal é lembrada por Carlos Ferreira de Almeida:  
“Section 2-302. Inconscionable Contract or Clause.

If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.” (ÁLMEIDA, op. cit., p. 100).

<sup>20</sup> MARQUES, op. cit., p. 306.

do supramencionado artigo, que diz que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Destaque-se que, com a invalidade das cláusulas abusivas, o contrato deve passar por uma nova interpretação, integrativa, que supra as lacunas daí advindas.

Sendo o contrato submetido ao controle judicial, essa integração deve ser feita em consonância com o sistema protetivo instituído pelo CDC, incidindo a regra do art. 47: “as cláusulas contratuais (*expurgadas as abusivas, atingidas pela nulidade absoluta*) serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

A regra do art. 6º, inciso V, que dá autorização para que o juiz proceda à modificação de cláusulas do contrato, tem âmbito de incidência mais restrito que o do art. 47, pois só pode ser aplicado àquelas cláusulas referentes à prestação do consumidor, geralmente o preço e seus acréscimos, não abrangendo todas as espécies de cláusulas abusivas.

Essa conclusão decorre da própria redação do dispositivo, segundo o qual “são direitos básicos do consumidor a modificação das cláusulas contratuais *que estabeleçam prestações desproporcionais* ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Há quem entenda, como Antônio Carlos Efig, que o inciso em comento só serviria para modificar ou revisar obrigações válidas, pois as cláusulas abusivas são nulas e devem ser reputadas inexistentes.<sup>21</sup>

Segundo a lição de Cláudia Lima Marques, pode-se dividir o rol de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC em três grupos, à exceção da norma geral do inciso IV.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> “A onerosidade excessiva de que trata o art. 6º, inc. V, da lei 8.078/90, somente revela o interesse de modificar ou revisar obrigações válidas, visto que cláusulas nulas são consideradas inexistentes e desta forma não podem sequer ser interpretadas, diante da impossibilidade de validar ou reformar tal nulidade.” (EFING, op. cit., p. 90.)

<sup>22</sup> Ibid., p. 302-306.

O primeiro seria o daquelas que limitam os novos direitos do consumidor (incisos I, II, III, VI, XV e XVI). Como exemplos de cláusulas desse tipo nos contratos bancários, podem-se citar as que estabelecem a perda das prestações pagas em caso de rescisão, comuns a contratos de crédito imobiliário, e as que impossibilitam ao mutuário a quitação antecipada de seu débito perante a instituição financeira, com a redução proporcional dos juros e dos acréscimos – direito este que é assegurado pelo art. 52, §2º, CDC.

O segundo grupo seria o das cláusulas que criam vantagens unilaterais para o fornecedor (incisos IX, X, XI, XII e XIII). Nas relações contratuais bancárias, o uso de indexadores cartelizados, definidos pelos próprios bancos, como Anbid, CDI, CDB, Andima, etc.), e o cancelamento unilateral do cheque especial diante de alguma restrição cadastral do mutuário enquadram-se nesse grupo.

Por fim, o terceiro grupo seria o das cláusulas “surpresa” (incisos VII e VIII). Como exemplos dessa modalidade de abusividade no meio bancário estão as cláusulas pelas quais o cliente constitui a instituição financeira como sua procuradora, conferindo a ela, de forma irrevogável, poderes para emitir e aceitar título de crédito no valor correspondente à dívida apurada unilateralmente pela própria instituição, e as cláusulas pelas quais o correntista autoriza o banco a aplicar os recursos disponíveis no mercado financeiro a seu exclusivo critério.

No meio bancário, a presença de cláusulas abusivas é freqüente, por ser o ramo da economia que mais se utiliza do contrato de adesão, e aquele em que a disparidade de forças entre o fornecedor, sólido e poderoso por exigência legal, e o consumidor, que a lei identifica pela vulnerabilidade, torna-se patente.

Por isso, em prol da efetivação da defesa do consumidor na contratualidade bancária, é fundamental a regra insculpida no art. 56 do decreto 2.181/97, que determina a divulgação anual, pela Secretaria de Direito Econômico, de um elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas – cláusulas estas que,

por sua vez, são incorporadas ao art. 51 por meio do inciso XV\*. Isso permite uma proteção mais intensa e mais específica do consumidor bancário, por meio da constante atualização das hipóteses de prevaricação contratual.

O art. 51, ao sancionar com a nulidade absoluta as cláusulas abusivas constantes em sua extensível lista, dá ao cliente bancário um forte arsenal legal para combater exageros inaceitáveis no exercício de poderes privados e para buscar o equilíbrio contratual. Entretanto, para que esse dispositivo seja concretizado, em prol dos objetivos almejados pelo sistema de proteção ao consumidor, requer-se a sua boa aplicação por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, destaque-se acórdão recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em cuja ementa se lê:

Contratos bancários. Abertura de crédito rotativo em conta corrente – cheque especial. Ação reconvenção de cobrança de débito. Código de Defesa do Consumidor. Alteração negocial por aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Ônus da boa-fé objetiva. Ônus da prova. *Invalidez das cláusulas negociais que fixaram parcelas acessórias do débito abusivas. Os negócios jurídicos bancários realizados merecem alteração judicial se inobservada a boa-fé objetiva que deflui do sistema jurídico, relativamente às cláusulas abusivas (inválidas) que estabeleceram as parcelas acessórias.* Manifesta a ilegalidade parcial das cláusulas que fixaram parcelas acessórias abusivas, devem ser reconhecidas suas invalidades, das quais decorre a ineficácia do direito da entidade bancária/financeira. Repactuações do débito. *Ausente o ânimo de novar, as repactuações do débito não constituem novação. Extensão da revisão a toda contratualidade. Disposição de ofício. Juros remuneratórios. Reduzidos a 12% ao ano. Capitalização. Vedada a capitalização em período inferior ao anual. Comissão de permanência. Descabimento. Correção monetária. Adoção do IGP-M como índice de atualização monetária. Disposição de ofício. Encargos moratórios. Quando houver mora, devem ser reduzidos os juros moratórios a 1% ao ano (disposição de ofício) e a multa contratual a 2%, pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Cláusula-mandato. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula-mandato, em razão do disposto no inciso VIII do art. 51, é nula de pleno direito, assim como os títulos emitidos em razão de sua existência (Grifou-se). Reconvenção. Pretensão de cobrança do débito. Procede em parte, mantida a responsabilidade da consumidora reconvenida pelo pagamento do débito apurado em liquidação de sentença, conforme os critérios da decisão revisional. Compensação. Pela aplicação do princípio da restituição integral, cabe, na hipótese, a compensação, a ser efetivada entre as parcelas prestadas ineficazmente pelo consumidor e o eventual débito pendente em razão dos negócios jurídicos celebrados com o fornecedor. Apelo conhecido em parte e desprovido, com disposições de ofício. (34 fls.)” (TJ/RS, apelação cível nº 70003139748, 14ª Câmara Cível, relator Des. Armando Bezerra Campos, julgado em 14/03/02.)*

---

\* O inciso XV, ao impor a sanção de nulidade toda cláusula contratual incompatível com o sistema de proteção ao consumidor, confere elasticidade ao rol do art. 51, articulando-o com outras normas legais que condenam a abusividade.

A ementa do acórdão acima transcrito denota que o órgão julgador atuou em consonância com as expectativas postas pela legislação consumerista, condenando várias cláusulas abusivas, como a capitalização de juros em período inferior ao anual (vedada pelo rol complementar da Portaria nº 3/99 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça), a cobrança de comissão de permanência (rechaçada pela Portaria nº 4/98 da mesma Secretaria, acompanhando a Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça), e a imposição de cláusula-mandato em benefício da instituição financeira (art. 51, VIII, CDC). Ademais, o acórdão desconsidera a novação, adotando a concepção segundo a qual contratos já extintos podem ser revisados, haja vista que as sucessivas renovações de contrato podem vir em prejuízo do consumidor, como bem lembra Márcio Mello Casado<sup>23</sup>.

Contudo, o maior destaque da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi a limitação dos juros remuneratórios a 12% ao ano, dando auto-aplicabilidade imediata à norma do art. 192, §3º, da Constituição Federal, enfrentando o entendimento oposto do Supremo Tribunal Federal, declinado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4. Virtuosa essa opção: a limitação dos juros em 12% ao ano é mais um instrumento idôneo para reprimir os abusos praticados na contratualidade bancária. Essa limitação integra o sistema de proteção ao consumidor, considerando-se que está inserida no Título VII da Carta Magna, informado pelo princípio da defesa do consumidor (art. 170, V).

Para que o sistema de controle de cláusulas abusivas consagrado em nosso CDC cumpra os objetivos a que se propõe, de restrição à prevaricação contratual e de estabelecimento do equilíbrio contratual nas relações massificadas, é preciso que seja articulado com outras normas protetivas. O art. 51 do CDC não funciona de *per se*, necessitando do complemento de outras regras reguladoras da nova contratualidade,

---

<sup>23</sup> “Desta forma, se um contrato onde houve a contagem de juros capitalizados é ‘quitado’ através de novo contrato onde estão incorporados os juros do anterior, e sobre ele incidem novos, estamos frente a frente com a contagem de juros sobre juros.” (CASADO, M. M. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: RT, 2000. p. 167.)

que lhe darão efetividade. Se aplicado isoladamente, frustra as expectativas nele depositadas pelo legislador. Veja-se, por exemplo, o que dispõe a seguinte ementa:

Ementa: apelação cível – ação monitória – contrato bancário de abertura de crédito em conta corrente – saldo devedor – embargos – auto-aplicação do art.192 §3º. Constitucional – impossibilidade – dispositivo constitucional de eficácia limitada – ofensa ao Código de Defesa do Consumidor sem especificação das cláusulas consideradas abusivas – alegação genérica de capitalização de juros – julgamento antecipado da lide – matéria de direito – cerceamento de defesa – inoportunidade – outros encargos contratuais – matéria não discutida em embargos – sentença mantida – recurso improvido. Nos contratos bancários, os juros legais são os juros contratados, não tendo aplicação a norma do §3º do artigo 192 da Constituição, em face da decisão do excelso pretório na ADIN nº 4. Correto o pedido do credor quanto à incidência de correção monetária e juros legais após a inexecução. A impugnação dos cálculos apresentados na fase postulatória da ação monitória é matéria típica de embargos. *Cabendo ao embargante, por igual, o ônus da prova de demonstrar o excesso alegado, a prática do anatocismo e aplicação de cláusulas leoninas, '(...) a genérica afirmação de estar havendo inexistência dos lançamentos bancários bem como ocorrer indevida capitalização de juros não é suficiente para deferimento de prova pericial. Cumpre ao correntista declinar impugnação especificada dos lançamentos e apontar aqueles em que ocorreu o fato, para que, num passo seguinte, comprovando-o mediante singelo cálculo, o juízo possa apreciar objetivamente a arguição e, se necessário, ordenar a realização de perícia*. (TJ/PR – Apelação cível nº 78.246-9, acórdão 16.474, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Pacheco Rocha, julg. 06.06.1999). *Não se desincumbindo do ônus insculpido no art. 333, inciso II do Código de Processo Civil, sujeita-se à rejeição dos embargos, e, em segundo grau de jurisdição, ao não provimento do seu apelo.* (Grifou-se.) (TJ/PR, apelação cível nº 82.676-6, 5ª Câmara Cível, relator Paulo Habith, julgado em 06/06/02.)

Nota-se, pois, que a decisão cuja ementa acima se transcreveu não aplicou o disposto no art. 6º, VIII, do CDC, que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando ele for hipossuficiente ou quando for verossímil a alegação. Sem essa inversão, o cliente fica sujeito a explicar, de forma pormenorizada, os cálculos e procedimentos utilizados pela instituição financeira, e a confrontá-los com a legislação vigente, justificando porque os considera ilícitos. Como o meio bancário é prenhe de complexidades, essa tarefa é deveras custosa para o consumidor, o que dificulta a detecção de cláusulas abusivas, levando à não incidência da sanção prevista no art. 51 do CDC em casos em que ela deveria ser aplicada, frustrando as esperanças despertadas por essa norma protetiva.

A melhor decisão, diante da alegação de abusividade, é a inversão do ônus da prova, cabendo ao fornecedor dizer por que a cláusula contratual não é abusiva, incumbência esta relativamente fácil para as instituições bancárias, dotadas de um corpo técnico versado nas minúcias da área contábil-financeira e acostumadas ao questionamento judicial das fórmulas contratuais que lançam no mercado.

Do exposto, conclui-se que o rol de cláusulas abusivas do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo e aberto, conforme se denota do seu inciso XV, e que pode ser resumido pela norma geral de boa-fé objetiva presente em seu inciso IV.

Além disso, atente-se para o fato de que esse dispositivo só exercerá a sua função de promoção da justiça contratual se for combinado com as demais normas do sistema de proteção ao contratante vulnerável; caso inexista essa articulação, não será aplicado na extensão e na intensidade esperáveis.

#### **2.4 Explicitação da proteção pelo “Código de Defesa do Cliente Bancário”.**

Com a finalidade de limitar os poderes das instituições financeiras na contratação de operações e na prestação de serviços ao público, o Banco Central do Brasil trouxe à luz a Resolução 2.878/2001, chamada “Código de Defesa do Cliente Bancário”, alterada em alguns aspectos pela Resolução 2.892/2001. Essa Resolução reforça a disciplina já encartada no Código de Defesa do Consumidor.

A Resolução 2.878/2001 é mais um instrumento a integrar o sistema de proteção ao consumidor, e, por isso, deve ser interpretado em consonância com a lei 8.078/90, que, por ser legislação ordinária, é hierarquicamente superior a ela, mero regulamento administrativo. Não procede o entendimento de que as relações bancárias, sendo normatizadas pela referida Resolução, não se submeteriam à disciplina do CDC. Verdadeiro é o entendimento contrário, ou seja: o ato normativo editado pelo Banco Central apenas fornece um meio específico para uma melhor incidência da legislação consumerista sobre os contratos e procedimentos bancários.

O “Código de Defesa do Cliente Bancário” impõe uma série de medidas e condutas a serem observadas pelas instituições financeiras, utilizando-se das expressões “devem adotar”, “devem colocar”, “devem evidenciar”, “ficam obrigadas”, “devem utilizar”, etc. Entretanto, a referida Resolução é despida de mecanismos sancionatórios próprios, conforme expressamente consignado em seu art. 19, que enuncia: “o descumprimento do disposto nesta Resolução sujeita a instituição e os seus administradores às sanções previstas na legislação e regulamentação em vigor”. Portanto, diante da violação ao disposto na Resolução, devem ser impingidas as conseqüências adversas já previstas no CDC.

Três aspectos merecem ser destacados, quanto ao conteúdo das disposições do “Código de Defesa do Cliente Bancário”:

1) A consagração da nova teoria contratual, permeada pelos princípios da boa-fé objetiva, equidade, transparência, e tutela do hipossuficiente. Tais princípios são efetivados pelo *dirigismo contratual público*, em oposição ao *dirigismo contratual privado*<sup>24</sup>, de forma a tornar os serviços bancários transparentes e acessíveis. Nessa

---

<sup>24</sup> Com relação ao dirigismo contratual privado, trata Alinne Arquette Leite Novais: “A outra forma de dirigismo contratual que temos é o dirigismo privado. Ao contrário do dirigismo contratual público, que é a intervenção do Estado-legislador, ou do Estado-juiz, ou do Estado-administrador, o dirigismo privado é criado e exercido pelo próprio capitalismo organizado, onde ‘as empresas, nacionais ou internacionais, expressam-se em um sistema de normas próprio (*organized social law*), cujo instrumento ideal é o contrato, competindo com o ordenamento jurídico estatal’. Assim, ‘dirigismo contratual também há quando a parte poderosa predispõe as condições às quais se vinculam e se obrigam todas as demais partes que necessitam dos bens ou serviços por ela fornecidos’. Valem-se, então, as empresas ou os contratantes mais fortes e poderosos, de contratos de adesão, de

linha, tem-se o art. 1º (que impõe o dever de transparência nas relações contratuais, dizendo que as instituições bancárias devem adotar medidas que objetivem assegurar “clareza e formato que permitam fácil leitura dos contratos”), o art. 13 (que veda a discriminação entre clientes e não-clientes), o art. 15 (que fixa o direito do consumidor a ser atendido pelo meios convencionais, inclusive via guichê de caixa), dentre outros.

2) A repetição de dispositivos já presentes no CDC, reforçando o entendimento de que as relações bancárias são relações de consumo. Como exemplos, tem-se o art. 4º, correspondente ao art. 30 do CDC, que fixa a vinculação contratual da publicidade; o art. 5º, correspondente ao art. 37 do CDC, que veda a publicidade enganosa ou abusiva; o art. 7º, equivalente ao art. 52, §2º do CDC, que fixa o direito do consumidor à liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros\*; e o art. 17, correspondente ao art. 39, I, do CDC, que condena a “venda casada”, ou seja, a vinculação do fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço.

3) A preocupação com a democratização do acesso aos serviços bancários, condenando discriminações contra os portadores de deficiências físicas e os idosos. Dentro dessa idéia, está o art. 9º do “Código de Defesa do Cliente Bancário”, que impõe o atendimento prioritário para pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida, e atenção especial na prestação de informações aos deficientes sensoriais (visuais e auditivos), sendo que o § 1º desse dispositivo fixa o prazo de 720 dias para que as instituições bancárias adaptem suas instalações, de forma a possibilitar a plena acessibilidade de suas instalações às pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida; o art. 11, que veda o estabelecimento,

---

condições gerais dos contratos e de contratos concluídos mediante módulos ou formulários.” (NOVAIS, A. A L. **A teoria contratual e o código d defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2001. p. 96.)

\* Cabe destacar que o art. 7º da Resolução 2.878/2001 fala em liquidação antecipada do débito mediante redução proporcional dos juros, ao passo que o art. 52, §2º, do CDC fala em liquidação antecipada do débito mediante redução proporcional dos juros *e demais acréscimos*. Por ser hierarquicamente superior, prevalece o disposto no CDC, já que a Resolução 2.878/2001 é mero regulamento administrativo, não se podendo encará-lo com uma lei especial para a contratualidade bancária.

para portadores de deficiência e para idosos, de exigências maiores que as fixadas para os demais clientes, excetuando-se as previsões legais; e o art. 12, que desautoriza a imposição, aos deficientes sensoriais, de exigências diversas das previstas para as pessoas não portadoras de deficiência, na contratação de operações e de prestação de serviços.

Esses artigos, presentes no “Código de Defesa do Cliente Bancário”, revelam um viés inclusivo – e, por isso, positivo - do capitalismo de massas, ao dispor a respeito de um grupo de pessoas antes marginalizado e excluído do mercado de consumo.

O “Código de Defesa do Cliente Bancário”, conforme visto, reconhece a incidência da disciplina protetiva do Código de Defesa do Consumidor nas relações travadas entre o cliente – parte fraca - e a instituição financeira – parte poderosa, repetindo muitas de suas normas e acrescentando outras específicas para o meio bancário. Essa Resolução do Banco Central integra o “sistema de proteção do consumidor”, sendo mais um instrumento destinado a assegurar a justiça contratual nas relações bancárias.\*

---

\* Não procede, pois, o entendimento da ex-diretora do Banco Central, Tereza Grossi, para quem o Código de Defesa do Cliente Bancário afastaria a incidência do CDC nos contratos bancários por ser norma específica.

### **3. APLICAÇÃO DOS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO BANCÁRIAS.**

#### **3.1 A importância dos princípios para o sistema jurídico.**

A idéia de “sistema jurídico” toma os contornos atuais com a Modernidade, notadamente com o cartesianismo, em que ele é concebido, grosso modo, como conjunto de regras e princípios dotados de hierarquia, interdependência e coerência.

O pensamento sistemático prima pela previsibilidade e segurança do Direito, em oposição ao pensamento problemático, segundo o qual somente no caso concreto determinar-se-ia qual a norma e qual o princípio aplicável.

O sistema jurídico tem seus fundamentos em princípios a ele peculiares, qualificados por Karl Larenz de “pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas”<sup>25</sup>, conferindo legitimidade ao Direito, e constituindo “manifestações especiais da idéia de Direito, tal como ela se apresenta no seu grau de evolução histórica”<sup>26</sup>.

Como expressões de uma idéia jurídica geral, historicamente configurada, os princípios carecem de concretização, realizada parte pelo legislador e parte pela jurisprudência dos tribunais.

Os princípios jurídicos, por remeterem a apreciação de controvérsias a paradigmas gerais e indeterminados, levam à renovação contínua do sistema.

---

<sup>25</sup> LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa, Gulbenkian, 1997. p. 674.

<sup>26</sup> Id.

O sistema jurídico, diante de certas emergências sociais, reconhece sua insuficiência e se abre, possibilitando que a solução de litígios seja dada por elementos que estão fora dele. Desta forma, tais elementos, por essa via excepcional, acabam por ingressar no sistema, enriquecendo-o. Por isso, os princípios jurídicos seriam os fatores genuínos de formação e consolidação do sistema, pois asseguram a sua mobilidade histórica.

Nessa linha, um sistema baseado em princípios jurídicos é caracterizado pela “abertura”, tendo em vista que esses princípios, carentes de aplicabilidade imediata, só podem ter seu sentido desenvolvido através de valorações particulares autônomas, hauridas em concepções direcionadas a uma idéia jurídica geral, permeada por conhecimentos extra-sistemáticos. Portanto, o sistema informado por princípios é móvel, no sentido de acompanhar o avanço civilizatório. Sua legitimidade é dinâmica, pois as convicções contidas nos princípios sofrem mutações.

Um exemplo clássico disso é a interpretação acerca do princípio da igualdade no direito norte-americano: em um primeiro momento, entendia-se que a escravidão não desrespeitava o princípio da igualdade, pois ele era assegurado somente aos cidadãos; em um segundo momento, que ele não era incompatível com a segregação racial – os homens eram iguais mas separados; em um terceiro momento, concebeu-se que esse princípio vedava qualquer espécie de discriminação; e, ainda, em um quarto momento, desenvolvido mais recentemente, passou-se a entender que a igualdade implica a concessão de condições reparadoras aos setores historicamente discriminados, com a criação de cotas para negros, mulheres, etc.

O próprio princípio da isonomia substancial, consistente em “tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades”, nada mais é do que uma evolução do princípio da igualdade formal.

Em nosso ordenamento, após a promulgação da Constituição de 1988, o princípio da liberdade contratual foi redimensionado. Hoje, o acordo de vontades, para merecer proteção legal, deve gerar efeitos funcionalizados em prol da justiça social.

Esse avanço civilizatório, consagrado pelo art. 170, *caput*, da Constituição Federal, levou a uma abertura renovadora do sistema jurídico, direcionando, conseqüentemente, ao repúdio de uma interpretação individualista e egoística do referido princípio.

No campo dos contratos bancários, essa nova significação da liberdade contratual possibilita – mais do que isso, exige – a intervenção estatal a fim de coibir abusos praticados pelas instituições financeiras, abusos estes autorizados pela antiga configuração que se emprestava à autonomia da vontade\*.

A aceitação de que o sistema jurídico é aberto, baseado em princípios mutáveis, fixando uma condensação valorativa apenas provisória, rompe com o ideário de sistema fechado.

Desta maneira, possibilita-se ao juiz, diante de um *autêntico estado de necessidade jurídico*<sup>27</sup>, proceder ao desenvolvimento de um Direito superador da lei, manejando os princípios fundantes do sistema, de acordo com o significado que lhes é dado no momento histórico.

Sendo assim, se acaso não existisse o CDC e nem a Constituição de 1988, as cláusulas abusivas inseridas em contratos bancários poderiam ser atacadas utilizando-se das causas de invalidade do negócio jurídico encartadas no Código Civil – notadamente o erro e o dolo - e do art. 85, que diz que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. O juiz, nesse caso,

---

\* A seguinte ementa espelha uma concepção do princípio da liberdade contratual presa ao significado que a ele se dava no passado, que se centrava na manifestação de vontade das partes, sem se indagar acerca da função social do contrato:

TJPR. 717992800 – Apelação Cível – Acórdão 3589 – 5ª Câmara Cível – Relator: Des. Antônio Gomes da Silva – julgado em 18/05/1999. “Decisão: acordam os desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso para confirmarem, por seus fundamentos, a decisão recorrida. Ementa: apelação cível – ação monitória – cédula rural pignoratícia – dec.-lei 167/67 – capitalização de juros, juros moratórios, TR, multa contratual, honorários advocatícios – verbas contratuais devidas – contrato de adesão – inexistência – Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90) – inaplicável na espécie por se tratar o apelado de instituição bancária – recurso desprovido. Celebrado o contrato entre as partes e em face de sua natureza, não incidir o Código de Defesa do Consumidor ( lei 8.078/90). *Há de ser o contrato honrado em todas as previsões e cláusulas nele inseridas, em atenção às prescrições legais a que se convencionou, pois que, pacta sunt servanda.*” (grifou-se)

<sup>27</sup> A esse respeito, conferir LARENZ, op. cit., 606-620.

daria uma nova conotação ao princípio da autonomia da vontade, provocando uma abertura no sistema<sup>28</sup>.

O sistema jurídico, para que corresponda às expectativas que nele são postas pelos cidadãos, deve ser flexível, inacabado e inacabável, para que acompanhe a evolução da vida social e seja sustentável politicamente. Um sistema que se pretenda fechado, impermeável e petrificado, que queira regular todos os aspectos possíveis, é de curta sobrevivência.

A partir do reconhecimento de que o sistema aberto é o único apto a promover a recepção, pelo Direito, de situações futuras, o papel dos princípios jurídicos é destacado, pois é por meio deles que há a renovação e a complementação do ordenamento jurídico.

Em virtude de sua referência a valores, de sua proximidade com uma idéia jurídica geral, os princípios têm uma função normogénica, incidindo tanto sobre a criação legislativa, quanto sobre a jurisprudencial. Assim, “oxigenam” o sistema jurídico, ligando-o a concepções vivenciadas em sociedade e conferindo eficácia aos dispositivos legais que o compõem.

---

<sup>28</sup> Karl Larenz alerta para os limites do desenvolvimento de um Direito superior da lei: “Abstraindo de tais casos extremos, o limite do desenvolvimento judicial do Direito radica aí onde a resolução exigida já não pode ser fundamentada só em considerações jurídicas, mas exige uma decisão política, orientada a pontos de vista de oportunidade. Encontrá-la é, no estado democrático, em princípio, matéria do legislador. Os tribunais carecem de competência para promover a conformação social. Os tribunais deviam tomar muito a sério este limite, no interesse de sua própria autoridade. De outro modo, haverá o perigo de que os seus juízos sejam interpretados como tomada de partido ante a divergência de opiniões políticas e de que já não sejam aceites como enunciados fundados no Direito. É desnecessário dizer que, com isso, o Estado de Direito cairia numa crise de confiança.” (LARENZ, op. cit., 608-609.)

### **3.2 Princípios informadores da nova ordem contratual e os contratos bancários.**

A sociedade de consumo massificada, caracterizada pelo estabelecimento de vínculos negociais por adesão e por comportamentos estandardizados, requer uma disciplina jurídica, em matéria contratual, diversa daquela empregada para o contrato do liberalismo clássico.

Com o surgimento de um novo Direito, funcionalizado e socialmente comprometido, impõe-se um paradigma contratual centrado na solidariedade e na dignidade da pessoa humana, o que exige o reconhecimento de novos princípios contratuais, além de uma releitura dos princípios jurídicos clássicos.

A Constituição Federal de 1988 instaurou uma ordem jurídica com perspectiva transformadora, consignando finalidades a serem perseguidas pela sociedade e pelo Estado.

Nesse sentido, o art. 192 põe como fundamento do sistema financeiro nacional – dentro do qual estão as entidades bancárias – o atendimento aos interesses da coletividade. Com isso, também nos contratos bancários veda-se a abusividade e a onerosidade excessiva, autorizando-se a regulação estatal no sentido de conformá-los juridicamente a uma finalidade solidarística.

A partir dessa idéia, ganham relevância os princípios da transparência, da confiança e do equilíbrio contratual, que podem ser resumidos no princípio da boa-fé objetiva (que é redescoberto pelo Direito Civil Constitucional).

Como exemplo dessa tendência tem-se o art. 1º, I, do Código de Defesa do Cliente Bancário, segundo o qual as instituições financeiras “devem adotar medidas que objetivem assegurar *transparência* nas relações contratuais, preservando os clientes e o público usuário de práticas *não equitativas*, mediante prévio e integral conhecimento das cláusulas contratuais, *evidenciando* dispositivos que imputem responsabilidades e penalidades”.

Esse novo modelo contratual confere importância legal à aparência, o que é fundamental para que o sujeito consumidor, correspondente jurídico do homem comum, estabeleça vínculos com as poderosas instituições bancárias com segurança. A tutela da aparência traz a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII, CDC), e o dever, que cabe ao fornecedor, de informação prévia e adequada sobre as condições contratuais.

Como exemplo da disciplina inaugurada pela nova ordem contratual, destaque-se o artigo 46 do CDC, que determina que “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo *ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultarem a compreensão de seu sentido e alcance*”.

A norma citada, ao albergar o princípio da transparência, conduz à nulidade da cláusula, estipulada pelo Banco do Brasil S/A em uma cédula de crédito comercial, segundo a qual “os juros serão calculados pelo método hamburguês com base na taxa proporcional diária (mês de 30 dias), serão debitados/capitalizados e exigidos a cada período de 30 dias corridos, nas remições – proporcionalmente aos valores remidos e no vencimento e na liquidação da dívida”<sup>29</sup>, pela confusão inevitável que provoca tal disposição.

Além disso, cite-se o art. 52 do CDC, que impõe o dever de informação prévia e adequada ao fornecedor de produtos e serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, aplicável para condenar as chamadas “cláusulas surpresa”, que fraudam a confiança despertada no consumidor quando da formação do contrato, possibilitando variações unilaterais das prestações devidas, de acordo com índices fixados arbitrariamente pelo banco<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> CASADO, Op. cit., p. 141.

<sup>30</sup> “O Tribunal de Alçada do Paraná, na Apelação Cível 62004400, de relatoria do Juiz Bonejos Demchuk, integrante da Sexta Câmara Cível, em julgamento datado de 02.05.1994, deixa patente a relevância do dever de informação nas contratações, sob pena de invalidade da cláusula obscura. Eis um trecho da decisão: ‘Arrendamento Mercantil. *Leasing*. Cláusula Contratual. Termo de Flutuação. Cláusula Surpresa. Flexibilidade das Normas com Caracterização de Cláusula Potestativa. Contrato Formulário. Contrato de Adesão. Ferimento do Princípio da boa-fé e do *Dever de Informação* ao Arrendatário. Os contratos formulário ou contratos de adesão estão intimamente vinculados ao princípio geral de boa-fé, o qual faz ter por gênese um *dever* de informar as condições da contratação levada a termo. Isto se dá para que não nasça uma situação caracterizada através da cláusula surpresa.

Os princípios informadores da nova ordem contratual – transparência, confiança, equilíbrio contratual – são decorrentes de um novo paradigma, que vê o contrato como um vínculo de cooperação entre os particulares, em prol da realização das potencialidades individuais e de acordo com o bem comum.

Pode-se dizer, pois, que o contrato entabulado pelos particulares está submetido a um “contrato social”, cujas linhas mestras são fixadas na Constituição Federal, não podendo servir como instrumento para a consecução de fins egoísticos, de modo a reforçar a subjugação econômica de um sujeito em relação a outro.

O jurídico, expressão do político, enquadra o econômico para lhe dar um sentido humanístico.

### **3.2.1 A boa-fé objetiva.**

A boa-fé objetiva, princípio balizador do comportamento das partes contratantes e critério de interpretação das disposições negociais, mereceu expressa menção no Código de Defesa do Consumidor no art. 4º, III, e no art. 51, IV, formando, neste último dispositivo, a cláusula geral de boa-fé objetiva - que se constitui em grande arma contra a prevaricação contratual. Além disso, os princípios dela decorrentes,

---

A surpresa sobre determinada circunstância contratual pode decorrer não só da má-fé do fornecedor na conclusão do contrato e da falta de esclarecimento adequado sobre o conteúdo do contrato, mas também da redação obscura. *A redação clara e de fácil compreensão também é princípio que deve ser observado para que o contrato de consumo tenha eficácia relativamente ao consumidor.* (Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Ed. Forense Universitária, Biblioteca Jurídica, 1ª ed., 1991, p. 345.) Ainda que não haja uma relação de consumo propriamente dita, tais princípios são aplicáveis seja por serem informativos da matéria, seja por derivarem de uma interpretação dos próprios institutos de natureza mercantil. A cláusula contratual que estipula um *dever de informação* das alterações dos fatores econômicos previstos em contrato estão em consonância com estes princípios. Norma, aliás, não cumprida pela instituição financeira. Deixando de prestar as informações devidas, o termo de flutuação em anexo ao contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) faz com que a flexibilidade de suas normas tenha natureza potestativa, sendo nulas de pleno direito, não sendo permissível que a arrendante altere as taxas ao seu talante, com isso aumentando o valor das contraprestações devidas pela arrendatária. A repetição do indébito é devida, ainda mais se deste modo demonstrou o laudo pericial. Recurso provido.” (Ibid., p. 138-139.)

como o da transparência, também estão presentes no CDC e no Código de Defesa do Cliente Bancário.

Com essa consagração legal, a boa-fé volta a deter importância primordial no mundo contratual, recuperando o prestígio que detinha na Idade Média e que foi perdido com a ascensão do princípio da autonomia da vontade.

A volta da boa-fé objetiva como princípio orientador da relação contratual liga-se a uma nova perspectiva, que submete os institutos de direito civil às finalidades que promanam do texto constitucional, funcionalizando-os. Os valores postos na Constituição Federal são o embasamento para a nova disciplina contratual, da qual o sistema de proteção ao consumidor é a maior revelação.

As diretrizes políticas insculpidas no texto constitucional são a fonte de legitimação jurídica da boa-fé objetiva. Desta forma, a sua invocação não serve para a estrita tutela dos consumidores em si mesmos considerados, devendo ser manejada, ao revés, como uma proteção instrumental, em prol da defesa de sua dignidade e dos valores existenciais.

A boa-fé objetiva, como critério diretivo do comportamento das partes e de interpretação das disposições contratuais, não se limita a evitar a lesão a um indivíduo determinado, servindo, antes de tudo, à implantação de um novo contrato, marcado pela solidariedade e visto como vínculo de cooperação.

No que toca aos contratos bancários, em sua maioria contratos atípicos, dada a agilidade do meio bancário em criar novas formas de relações – cheque especial, caixa eletrônico, etc. – cuja regulação específica é inviável e até indesejável, ganha relevância especial a cláusula geral da boa-fé objetiva, para determinar em concreto os comportamentos devidos. Sendo assim, além de fazer com que as disposições contratuais sejam interpretadas com um sentido ético-jurídico, a boa-fé objetiva a elas acrescenta deveres acessórios, determináveis a partir do estudo do caso concreto e da vivência contratual a ele inerente<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> “Os deveres acessórios não são logo ao tempo da celebração do contrato totalmente identificáveis nem concretizáveis. Vão surgindo, vão-se determinando e vão-se concretizando com as circunstâncias e vicissitudes da relação contratual, como emanações do princípio da boa-fé, segundo o fim do contrato.” (VASCONCELOS, P. P. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 402.)

Segundo Menezes Cordeiro, os deveres acessórios de boa-fé classificam-se em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Os deveres acessórios de proteção vinculam as partes a evitar a ocorrência de danos à outra durante a execução do contrato. Os deveres acessórios de esclarecimento impõem à partes informarem-se mutuamente a respeito de tudo que, sendo de seu conhecimento, possa ser importante para a outra parte. Por sua vez, os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a abster-se de condutas que possam falsear o objetivo perseguido pelo contrato e lesar o direito de uma das partes<sup>32</sup>.

No campo dos contratos bancários, dada a complexidade dos dispositivos nele inseridos, eivados de uma linguagem técnica de difícil entendimento para quem não é da área, merece consideração especial o dever acessório de esclarecimento.

Atento a isso, o legislador já dotou o sujeito consumidor – conceito dentro do qual está o cliente bancário - de normas legais nesse sentido: os artigos 30 e 31 do CDC, que se referem ao dever de informar de forma correta, clara e precisa, sobre os produtos ou serviços; os artigos 36 e 37, que tratam do dever de informar com lealdade e probidade na publicidade; o art. 46, que possibilita ao consumidor eximir-se de obrigações decorrentes de contratos cuja compreensão do conteúdo tenha sido dificultada; e o art. 52, que estabelece o dever de informar relativamente aos casos de fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor.

Ressaltem-se, também, no Código de Defesa do Cliente Bancário, o art. 1º, I, , que fixa o dever, por parte das instituições financeiras, de “transparência nas relações contratuais, preservando os clientes e o público usuário de práticas não equitativas, mediante prévio e integral conhecimento das cláusulas contratuais, evidenciando, inclusive, os dispositivos que imputem responsabilidades e penalidades”; o art. 1º, III, que impõe aos bancos o dever de responder tempestivamente as consultas feitas pelos clientes; o art. 1º, III, que estabelece o dever de elaborar contratos de forma a identificar claramente os prazos, valores negociados, taxas de juros, de mora e de

---

<sup>32</sup> MENEZES CORDEIRO, A.M.R. **Da boa-fé no direito civil** – tomo I. Coimbra: Almedina, 1997. p. 604.

administração, comissão de permanência, encargos moratórios, multas por inadimplemento e demais condições; o art. 3º, que dá às instituições bancárias o dever de evidenciar a consumidor as condições contratuais, dentre as quais as responsabilidades pela emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos, as tarifas cobradas pela instituição, etc.; e o art. 8º, que confere ao banco o dever de utilizar terminologia que possibilite, de forma clara e inequívoca, a identificação e o entendimento das operações realizadas.

Conforme visto, percebe-se que a boa-fé objetiva e os deveres acessórios dela decorrentes, com destaque para o dever acessório de esclarecimento, dispensam a recorrência ao Direito Natural e a argumentações que legitimem sua aplicação nas relações contratuais com base em princípios extra ou supralegais, como ocorria no passado recente.<sup>33</sup>

Com base na sistemática adotada no sistema de proteção do consumidor, fundado na Constituição, a boa-fé objetiva tem sido mencionada, com cada vez mais freqüência, em decisões judiciais. A título de exemplo, transcrevam-se as seguintes ementas:

Ementa: contratos bancários. Código de Defesa do Consumidor. Alteração negocial por aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Ônus da prova. Parcelas do débito ineficazes. Invalidez das cláusulas negociais abusivas. *Os negócios jurídicos bancários realizados merecem alteração judicial se inobservada a boa-fé objetiva que deflui do sistema jurídico, relativamente às cláusulas (inválidas) que estabeleceram as parcelas acessórias.* Manifesta a ilegalidade parcial das cláusulas que fixaram parcelas acessórias abusivas, devem ser reconhecidas suas invalidades, das quais decorrem a ineficácia do direito da entidade bancária/financeira. Apelos desprovidos. (16 fls.)” (Grifou-se.) (TJ/RS, apelação cível nº 70000641795, 1ª Câmara Especial Cível, relator João Armando Bezerra Campos, julgado em 1º/03/00.)

Ementa: ação revisional de contrato bancário. *Juros remuneratórios estimáveis de forma flutuante ofendem o princípio da necessidade de informação prévia do consumidor bem como o princípio geral da boa-fé objetiva.* Limitados os juros a 12% ao ano. Capitalização e

---

<sup>33</sup> “Nesse contexto, no entanto, havia pelo menos um Tribunal do País, que aplicava o princípio da boa-fé amplamente (o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), pois o entendia como decorrente do sistema jurídico.

Ainda assim, certo é que esse Tribunal se deparava com a exigência de realizar extensas fundamentações, a fim de justificar a adoção de um princípio não legislado.” (SLAWINSKI, C. B. A. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79.)

comissão de permanência afastadas. Apelo improvido. (5 fls.)” (Grifou-se.) (TJ/RS, apelação cível nº 70001392372, 15ª Câmara Cível, relator José Conrado de Souza Júnior, julgado em 28/11/01.)

Outras decisões são referidas pela doutrina:

*A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro*, por maioria, em decisão proferida na Apelação Cível nº 2.420/97, na qual atuou como Relator o Exmo. Sr. Juiz Ademir Paulo Pimentel, publicada na Revista de Jurisprudência Brasileira nº 181, p. 217-227, tendo em vista a consagração (pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) do princípio da transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4º); a abusividade da cláusula que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, *incompatível com a boa-fé e a equidade (art. 51, IV)*; o preceito de que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47); impondo-se, portanto, que os contratos de adesão sejam redigidos em termos claros de modo a facilitar a sua compreensão (art. 54, § 3º); entendeu que, sendo confusa e genérica, a cláusula que trata de taxas de serviços ou de juros, em *mútuo bancário*, não permitindo que se saiba com exatidão se trata de taxa de juros ou taxa de serviços, induz à interpretação da não contratação da taxa de juros.<sup>34</sup>

O interessante observar que o julgado a seguir comentada baseia-se no dever acessório de lealdade, embora não o mencione expressamente:

*A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul*, em votação unânime, proferida na Apelação Cível nº 12.076-1/94, na qual figurou como Relator o Juiz Arnaldo Rizzardo, publicada na Revista de Jurisprudência Brasileira nº 181, p. 227-230, entendeu em ação declaratória, cumulada com repetição de indébito, que *contrato de mútuo com garantia hipotecária, com vistas à aquisição de imóvel próprio*, no qual são inseridas cláusulas firmando a equivalência salarial e simultaneamente exigindo a correção das prestações por índices diferentes da variação salarial, além de ofender ao Decreto nº 2349/87, ofende aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, especialmente a transparência nos contratos (art. 4º), *a boa-fé e a equidade (art. 51, IV)*, exigindo a interpretação de modo a não inviabilizar a prestação, em função do disposto no art. 51, § 1º, III.

Com efeito, de seu voto fez constar o MM. Relator:

*‘...há uma contradição no contrato, pois enquanto oferece ao mutuário condições de amortização em vista da capacidade econômica, e para isso houve a negociação, com a escolha de instrumentos viabilizadores de tal objetivo, insere cláusulas que tornam o devedor insolvente, ou incapaz, pela renda, de atender os compromissos.*

---

<sup>34</sup> SLAWINSKI, op. cit., p. 100-101.

*O contrato, sem dúvida, deve ser claro e transparente, sem armadilhas, ou cláusulas que se contradizem, ou inutilizam determinado critério objetivado pela parte. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) impõe a transparência nos contratos (art. 4º), a boa-fé e a equidade (art. 51, IV), e exige a interpretação de modo a não inviabilizar a prestação, em função do art. 51, § 1º, III (obrigação excessivamente onerosa).’’<sup>35</sup>*

Por ironia, é o antiqüíssimo princípio da boa-fé, a *fides* dos romanos, que vai oferecer respostas para os problemas das novas formas *high tech* de contratação bancária, via *Internet*, *home banking*, dentre outras. É impossível pretender investigar, nesse casos, a “letra do contrato”, pois esses contratos são praticamente despidos de comprovação material, sendo consumados com um simples clique na tela do computador. Desta forma, impõe-se uma visão da relação contratual como vínculo de cooperação, mediante o qual as partes buscam a realização de finalidades esperáveis dentro de práticas sociais usuais e reconhecidas pelo ordenamento jurídico. O consumidor não pode ser surpreendido depois que “cliquou” a tela do computador por cláusulas-surpresa, que imponham taxas absurdas, a aceitação de condições contratuais excessivamente onerosas, a renúncia a direitos, etc.

A boa-fé objetiva, por ser princípio que se constitui em cláusula geral, é apta para enfrentar as novas formas de contratação, superando a obsolescência crescente dos diplomas legais. O seu uso dentro do Direito não abala a segurança jurídica, vindo ao contrário, em seu favor, ao dar às partes a garantia de que suas expectativas legítimas, determinadas segundo *standards* de comportamento, serão atendidas. Assim, opera a garantia de relações contratuais justas.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 102.

<sup>36</sup> “Il richiamo giurisprudenziale alla buona fede come regola operante anche nell’ esercizio dei poteri discrezionali, è particolarmente significativo: esso può infatti assumersi come segno di una crescente esigenza di giustizia avvertita dalla nostra società. Di fronte a questa esigenza cede anche il dogma della certezza del diritto, e non perchè non si vuole certezza del diritto, ma perchè non si vuole una certezza formalistica e farisaica, che diventa strumento de abuso e di approfondimento, ma piuttosto si vuole la certezza di rapporti giuridici giusti.” (BIANCA, C M. La nozione di buona fede. In: **Lecture de diritto civile**. Padova: Antonio Milani, 1990. p. 521.)

### 3.3 Catividade e respeito à “confiança despertada” nos contratos bancários.

O contrato bancário pode ser conceituado como um contrato cativo, dada a situação de dependência em que se encontra este último.

Acerca desse fenômeno, leciona Cláudia Lima Marques:

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores.<sup>37</sup>

A “dependência” ou “catividade” do consumidor em relação ao fornecedor é uma conseqüência do modo de funcionamento do mercado na atualidade, marcado por uma constante indução ao consumo, aliada a uma sensação de insegurança quanto ao futuro. O vínculo que o consumidor estabelece com o fornecedor por meio do contrato cativo apresenta-se como útil, essencial, para a manutenção de seu padrão de vida ou para a sua inserção no estilo de vida hegemonicamente imposto, através da aquisição de bens e serviços.

Diante desse novo panorama, em que, por meio do contrato, o sujeito consumidor, para satisfazer necessidades reais ou imaginárias, ingressa em relações contratuais caracterizadas pelo dirigismo privado, deve-se reafirmar a capacidade do Direito conformar a realidade segundo um projeto político de Justiça.

Aliás, esse é o único caminho possível na atual estrutura institucional brasileira, já que a Constituição de 1988, por meio da consagração de princípios que são verdadeiros comandos normativos, *impõe* a construção de uma nova sociedade, mais

---

<sup>37</sup> MARQUES, Op. cit., p. 57.

justa e solidária. Tal afirmação é válida inclusive no que toca à ordem econômica<sup>38</sup>, campo dentro do qual se encontra a atividade bancária.

Para fazer frente a esse desafio, torna-se indispensável a leitura do contrato sob a perspectiva civil-constitucional, tratando as relações jurídicas privadas como vínculos de cooperação e de solidariedade.

A partir dessa perspectiva, nos contratos cativos, caracterizados por uma relação de dependência de um contratante perante o outro, o respeito à confiança despertada quando da formação do contrato torna-se o ponto principal de preocupação do Direito.

A boa-fé objetiva assume a posição de paradigma máximo, pautando a atuação dos sujeitos contratantes durante todo o *iter* contratual de forma a proteger expectativas legítimas, sobrepondo-se à “letra do contrato” para dotá-lo de um sentido ético-jurídico<sup>39</sup>. A “confiança despertada” passa a ser digna de proteção jurídica, sobrepondo-se às manifestações formais de vontade, em prol da realização das finalidades potencializadas na relação contratual. Com isso, visa-se evitar a frustração do “investimento de confiança” realizado por uma das partes contratantes com base nas promessas feitas pela outra.

---

<sup>38</sup> “Analisado porém com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – *deverão ser (estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...” (GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991. p. 49.)

<sup>39</sup> A esse respeito, trata Pedro Pais de Vasconcelos: “Os contratos, quando não se esgotam no próprio ato de contratar, quando se prolongam para o futuro, implicam sempre promessas. O valor vinculativo das promessas, tem sido fundado quer na Moral, quer na utilidade. Na perspectiva utilitarista, o dever de cumprir as promessas e de respeitar a palavra dada resultaria da necessidade de manter uma base mínima de confiança na vida social e de relação. A base moral profunda da sociedade contemporânea que preenche o conteúdo material do projeto de Justiça que é imanente ao Direito e que funda a própria Ordem Jurídica continua, no entanto, a ser o mesmo ‘ethos’ dominante da civilização greco-romana: a moral estóica. Não é a consciência da necessidade prática e pragmática de cumprir as promessas feitas para que os outros as cumpram também, não é a consciência pragmática da dificuldade, senão mesmo da impossibilidade, de convivência entre os homens no mundo sem o cumprimento espontâneo e a confiança no cumprimento espontâneo da generalidade das promessas que leva as pessoas a cumprir as promessas, a contar com o cumprimento das promessas e a exigir esse cumprimento. (VASCONCELOS, Op. cit., p. 399-400.)

No meio bancário a situação de catividade é clara, adquirindo, por vezes, conotação de crueldade.

Em face da propagação de um estilo de vida consumista, que acarreta o aumento incessante das despesas cotidianas, o sujeito consumidor enreda-se em um série de contratações com a instituição bancária, fornecedora do crédito que garante a sua sobrevivência como *homo economicus*. Esse processo de endividamento é particularmente grave na realidade brasileira, típica do capitalismo periférico: os bens e serviços lançados no mercado pelas multinacionais em nosso país são os mesmos comercializados nos países mais ricos. Esse descompasso entre oferta e capacidade econômica gera concentração de renda e superendividamento da classe média, desejosa de manter um padrão de vida semelhante ao de seus pares dos países centrais.<sup>40</sup>

À medida que o endividamento se renova e se intensifica, com a cobrança de juros e demais encargos financeiros, o cliente bancário fica à mercê do poder privado exercido pelo credor, que pode, a qualquer momento, decretar a sua “morte civil”, mediante a inscrição nos famigerados cadastros de inadimplentes (SPC, Serasa) – que, lembre-se, não são sequer institucionalizados em nosso país, sendo usados como instrumentos de pressão e de constrangimento, constituindo-se em uma ameaça à incolumidade moral dos consumidores.

Em favor da função social do contrato bancário e dos princípios constitucionais da ordem econômica, urge o estudo de medidas destinadas a evitar a “escravidão

---

<sup>40</sup> A esse respeito, discorre Celso Furtado: “Sobra dizer que a industrialização que atualmente se realiza na periferia sob o controle das grandes empresas é processo qualitativamente distinto da industrialização que, em etapa anterior, conheceram os países cêntricos e, ainda mais, da que nestes prossegue no presente. O dinamismo econômico no centro do sistema decorre do fluxo de novos produtos e da elevação dos salários reais que e permite a expansão do consumo de massa. Em contraste, o capitalismo periférico engendra o mimetismo cultural e requer permanente concentração de renda a fim de que as minorias possam reproduzir as formas de consumo dos países cêntricos. Esse ponto é fundamental para o conhecimento da estrutura global do sistema capitalista. Enquanto no capitalismo cêntrico a acumulação de capital avançou no correr do último século, com inegável estabilidade na repartição da renda, funcional como social, no capitalismo periférico a industrialização vem provocando crescente concentração.” (FURTADO, C. **O mito do desenvolvimento econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

financeira” da parte fraca e a garantir uma relação contratual equilibrada, justa, que corresponda aos escopos esperados no momento da formação do contrato.

Nesse sentido, Geraldo de Faria Martins da Costa propõe medidas hábeis a tratar o “superendividamento”, a partir de lições trazidas do Direito francês, com a finalidade de evitar a ruína econômica do devedor<sup>41</sup>. Dentre as medidas propugnadas pelo “regime especial para o superendividamento”, vigente na França e cuja adoção seria desejável no Brasil, estão a fixação de um “prazo de reflexão”, dando ao consumidor uma “faculdade de retratação”, dentro de sete dias a partir da obtenção do crédito; a proibição da atividade de intermediário para quitar dívidas; a criação, por lei, de um “fichário nacional de recenseamento das informações sobre os incidentes de pagamento”, a fim de coibir os abusos existentes nos fichários privados; e a criação de “comissões de superendividamento”.

No meio bancário, a criação das comissões de superendividamento seria uma excelente inovação, apta a livrar a parte economicamente vulnerável das pressões exercidas pelo fornecedor bancário.

Dentro dessas comissões, seriam realizadas negociações, que culminariam na elaboração de um plano de recuperação, que permitisse ao devedor bancário sair da situação de superendividamento, normalizando sua situação financeira. Por meio desse plano de recuperação, seriam estabelecidas “medidas de adiamentos ou de escalonamentos dos pagamentos, de redução ou de supressão de taxas de juros, ou até mesmo o perdão de dívidas”<sup>42</sup>.

Cabe ressaltar que o referido plano de recuperação se destina a resgatar o devedor da espiral de endividamento em que ingressou de forma a assegurar-lhe um “mínimo vital”, resguardando a sua cidadania econômica.

A visão do contrato sob a perspectiva civil-constitucional não admite que um dos contratantes fique à mercê da vontade do outro, que conduziria o rumo da relação

---

<sup>41</sup> COSTA, G.F.M. **Superendividamento**. São Paulo: RT, 2002. p. 106-124.

<sup>42</sup> Ibid., p. 121-122.

contratual de acordo com desígnios egoísticos. A situação de catividade a que é levada a parte fraca é temperada pelo “dirigismo contratual público”, que protege a “confiança despertada” na formação do contrato, e que impede a degeneração da catividade em escravidão financeira.

O contrato bancário passa a ser visto, como vínculo de cooperação e solidariedade, como instrumento idôneo à promoção da circulação da riqueza e dos empreendimentos produtivos, sendo desautorizado e coibido o seu uso como fator de espoliação financeira.

## CONCLUSÃO.

A Constituição Federal de 1988, chamada “Constituição cidadã”, acompanhando as mudanças ocorridas no capitalismo monopolista, reconhece a existência do “sujeito consumidor”, vulnerável economicamente, e impõe ao Estado a defesa de seus interesses. Essa defesa visa instaurar uma nova forma de vivência econômica e de funcionamento da cadeia produção-consumo, tendo como razão última a dignidade da pessoa humana.

Por sua relevância na vida socioeconômica e pela disparidade de forças entre os sujeitos contratantes, é no meio bancário que a proteção do consumidor mais se faz necessária, pois nele são cometidos o maior número de abusos de poderes privados, causando danos patrimoniais e morais. A fim de reprimi-los e combatê-los, já possuímos uma detalhada legislação infraconstitucional, principalmente o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Defesa do Cliente Bancário.

Os contratos bancários, segundo o novo paradigma contratual, surgido com a sociedade de massa, devem ser vistos como vínculos de cooperação econômica entre os sujeitos contratantes, caracterizados pelo respeito à confiança despertada e pela boa-fé objetiva. A tutela protetiva prestada pelo Estado ao sujeito consumidor há que resguardar suas expectativas legítimas, buscando sempre a consecução das finalidades postas quando da formação do contrato, e livrá-lo do jugo da instituição financeira, em caso de algum incidente durante o *iter* contratual.

Nessa linha, há o rompimento do Direito com uma visão egoística do contrato, dotando-o de uma função social, em consonância com os objetivos postos pela comunidade politicamente organizada no texto constitucional.

Não se pode adotar a idéia simplista, simpática aos neoliberais, aos detentores do poder econômico-financeiro e propalada pela grande mídia, segundo a qual essa proteção atenderia apenas interesses individuais, de consumidores determinados, em situações específicas, sob pena de vê-la como uma concessão paternalista de uma Constituição cortesã.

Na verdade, a proteção do consumidor no meio bancárias, sob o influxo da perspectiva civil-constitucional, deveria operar no sentido de fazer com que os contratos travados com as instituições financeiras se tornassem relações de cooperação e de solidariedade, visando à circulação de riquezas, ao incremento da produção e à distribuição de renda, tendo um sentido social e transformador da realidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

ALVIM, Eduardo Arruda *et alii*. **Código do consumidor comentado** – vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.

AULETTA, Giuseppe e SALANITRO, Niccolò. **Diritto commerciale**. 9ª ed. Milano: Giuffrè. 1994.

BIANCA, Cesare Massimo. La nozione di buona fede. In: **Lecture de diritto civile**. Padova: Antonio Milani, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: RT, 2000.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 10ª ed. São Paulo: Ática, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**. São Paulo: RT, 2002.

COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos bancários**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

FACHIN, Luiz Édson. O *aggiornamento* do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARINA, Juan M. **Contratos comerciales modernos**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

GALGANO, Francesco. I rapporti di scambio nella società post-industriale. In: **II diritto privato futuro**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

\_\_\_\_\_. **Lex mercatoria**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1993.

GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales** – tomo 1. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos impérios**. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Gulbenkian, 1997.

LAZZARATO, Maurizio e NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial – formas de vida e produção de subjetividade**. Trad. de Mônica Jesus. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato – exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 163-186.

MUKAI, Toshio *et al.* **Comentários ao código de proteção ao consumidor**. Coordenador: Juarez de Oliveira, São Paulo: Saraiva, 1991.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil - descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Juliana. O conceito jurídico de consumidor. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 325-356.

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

SANTOS, Jair Ferreira de. **O que é pós-moderno**. 17ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1997.

SLAWINSKI, C. B. A. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STARCK, Boris *et alii.* **Obligations – Contrat**. 5ª ed. Paris: Litec, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In: \_\_\_\_\_. Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.