



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TÂNIA MACÊDO LEITE CAMPOS

A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES (SUJEITOS PASSIVOS)
DE PRODUTOS E SERVIÇOS BANCÁRIOS, DIANTE DAS
CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

SOUSA - PB
2005

TÂNIA MACÊDO LEITE CAMPOS

A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES (SUJEITOS PASSIVOS)
DE PRODUTOS E SERVIÇOS BANCÁRIOS, DIANTE DAS
CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Dr. José Idemário Tavares de Oliveira.

SOUSA - PB
2005

TÂNIA MACEDO LEITE CAMPOS

**A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES (SUJEITOS
PASSIVOS) DE PRODUTOS E SERVIÇOS BANCÁRIOS,
DIANTE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS
NOS CONTRATOS DE ADESÃO**

BANCA EXAMINADORA



**Ms José Idemário Tavares de Oliveira
Orientador:**



Geórgia Graziela Aragão

Membro:



Raimundo José da Silva Júnior

Membro:

**SOUSA – PB
2005**

RESUMO

A proteção do consumidor é um desafio de nossa época, representando, nos dias atuais, um dos temas mais discutidos. No Brasil, os direitos do consumidor são uma conquista recente e pouco conhecida. Mesmo com ampla legislação sobre o assunto, a sociedade ainda não conhece uma prática na qual os direitos dos consumidores sejam respeitados. Poucos são os que conhecem efetivamente os seus direitos e os órgãos aos quais possam recorrer para garantir esses direitos. Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, uma legislação adequada, que buscou, na equidade, na transparência e na harmonia, introduzir um definitivo escopo de justiça, mas até hoje não vimos ninguém ser processado pelos crimes nele previstos. Os próprios bancos oficiais, que são administrados pelos governos, praticam a política do massacre, ao invés de cumprir seu papel de fomentador do desenvolvimento nacional. A sociedade deve estar alerta. Deve cobrar iniciativas de respeito aos valores defendidos pelo Código. Como isso não ocorre, é preciso que os cidadãos, os consumidores brasileiros, partam para o exercício efetivo dos seus direitos. Significa dizer que devemos transformar em direito aquilo que a lei nos outorga. Portanto o presente trabalho mostra o quão hipossuficientes se tornam os consumidores de produtos e serviços bancários, nas relações com os bancos, integrantes de um dos mais fortes setores da nossa economia. Também, evidenciar a necessidade da utilização dos contratos de adesão, como forma de massificação e agilização das relações de consumo, sua propensão a abrigar cláusulas abusivas. Um dos principais elementos de onerosidade ao consumidor.

Palavras chaves: Consumidor, Código de Defesa do Consumidor, Contrato, Cláusulas Abusivas e Banco.

ABSTRACT

The consumer's protection is a challenge of our time, representing, in the current days, one of the discussed themes. In Brazil, the consumer's rights are a recent and not very known conquest. Even with wide legislation on the subject, the society doesn't still know a practice in which the consumers' rights are respected. Few are the ones that they know its rights and the organs indeed to the which can appeal to guarantee those rights. With the entrance in vigor of the Code of Defense of the Consumer, Law no. 8.078/90, an appropriate legislation, that it looked for, in the justness, in the transparency and in the harmony, to introduce a definitive escopo of justice, but until today we didn't see anybody to be processed by the crimes in him foreseen. The own official banks, that they are administered by the governments, they practice the politics of the massacre, instead of executing its role of promoting of the national development. The society should be alert. It should collect respect initiatives to the values defended by the Code. As that doesn't happen, it is necessary that the citizens, the Brazilian consumers, leave for the effective exercise of its rights. He/she means to say that should transform in right that that the law grants us. Therefore the present work exhibition the quão hipossuficientes becomes the consumers of products and bank services, in the relationships with the banks, integral of one of the strongest sections of our economy. Also, to evidence the need of the use of the adhesion contracts, as massificação form and activation of the consumption relationships, its propensity to shelter abusive clauses. One of the main onerosidade elements to the consumer.

Key words: Consumer, Code of Defense of the Consumer, Contract, Abusive Clauses and I Support.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
CAPÍTULO I CONSUMIDORES E CONTRATOS.....	08
1.1 Direito do Consumidor.....	08
1.2 Contratos.....	14
1.3 Contrato de Adesão.....	15
1.4 Contrato de Adesão no Código de Defesa do Consumidor.....	18
1.5 Desigualdade na Relação Bancária.....	19
CAPÍTULO II CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS.....	22
2.1 Efeitos.....	22
2.2 Código de Defesa do Consumidor.....	24
2.3 Da proteção Contratual.....	27
CAPÍTULO III GARANTIAS PROCESSUAIS AOS CONSUMIDORES.....	30
3.1 Inversão do ônus da Prova.....	30
3.2 Ação Civil Pública.....	31
CAPÍTULO IV APLICAÇÃO DO CDC AOS BANCOS.....	32
4.1 Contratos Bancários.....	32
4.2 Código de Defesa do Consumidor Bancário.....	34
4.3 Equilíbrio nas Relações entre Consumidores e Bancos.....	36
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

A análise das relações de consumo, entre consumidor e bancos, evidencia sua vulnerabilidade diante do poder econômico que as instituições financeiras bancárias exercem.

A aferição da eficácia do Código de Defesa do Consumidor e a vulnerabilidade do consumidor, encetado no grande aumento do volume de produtos e serviços bancários a sua disposição, além da necessidade cada vez mais crescente, de sua aquisição pela população economicamente ativa, põe em conflito interesses a serem mediados pelo Estado.

Como metodologia do trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, para fomentar seu embasamento teórico, tendo como base a Constituição Federal de 1988, que garante, no seu artigo 5º, a defesa do consumidor a ser promovida pelo Estado, a da Lei 8.078, de 11 de dezembro de 1990, também conhecida como “Código de Defesa do Consumidor” e a edição pelo Banco Central do Brasil, da Resolução 2.878, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, em julho de 2001, que dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras, na prática das suas atividades.

O objetivo essencial deste é apresentar o direito do consumidor em face da vulnerabilidade diante das cláusulas abusivas nos contratos de adesão. O consumidor luta pouco pelos seus direitos, considerando-se os diversos instrumentos de ação que ele tem a seu favor. Muitas vezes ele não sabe a quem recorrer, mas tal fato não pode servir para sua omissão. A educação e a conscientização dos consumidores quanto a seus direitos devem ser buscadas a cada momento.

O direito não pode continuar indiferente a essas mudanças, pois a proteção do consumidor é uma necessidade para todas as nações desenvolvidas ou em desenvolvimento, adotando-se medidas preventivas, coercitivas ou punitivas, visando a assegurar aos consumidores princípios básicos como: direito à saúde, à segurança, à liberdade de escolha e a à igualdade de condições nos contratos.

Portanto, este é um desafio de nossa época: a proteção do consumidor. Este deve receber a intervenção estatal, controlando a ordem econômica, como também normas jurídicas.

CAPÍTULO I CONSUMIDORES E CONTRATOS

1.1 Direito do Consumidor

Para muitos de nós, brasileiros, falar em defesa do consumidor, ainda causa estranheza, ou no mínimo, desconfiança. Desconhecemos nossos direitos e, mesmo quando os sabemos, somos céticos quanto aos resultados de nossas reivindicações. Preferimos deixar para lá, a exigir o cumprimento de nossos direitos.

Mas, essa história começou a mudar quando, em 10 de setembro de 1990, foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor.

Porém, muito antes do Brasil ter uma lei como essa, movimentos aqui e acolá surgiram na luta pelos direitos dos consumidores.

As relações de consumo não são coisa nova. Sempre estiveram presentes em todas as sociedades, desde a antiguidade. Algumas civilizações mais evoluídas sentiram a necessidade de ordenar essas relações, estabelecendo regras e disseminando orientações sobre a melhor forma de evitar atritos.

A primeira lei do gênero de que se tem notícias é o Código de Hamurabi, coleção de ditames que regulavam as tropas e alertavam para o perigo de o mais forte ludibriar o mais fraco, fato bastante comum naquela época. Hoje exposto no Museu do Louvre, em Paris, a herança de Khammu-rabi, rei da Babilônia no século XVIII antes de Cristo, é um marco simbólico da luta pelos direitos do consumidor. Numa enorme coluna denominada estela, o rei é retratado recebendo a insígnia do reinado e da justiça. Logo abaixo, em 21 colunas, com 282 cláusulas, o Código está registrado. Muitas dessas cláusulas prevêm penas para contravenções nas relações de troca.

Uma série de outros documentos históricos posteriores, que ficaram registrados em pedras ou papéis rudimentares (couros, papiros, etc.), fazem referência à justiça que deveria haver entre os iguais, preservando os sistemas primitivos de classes.

Essas regras foram esquecidas pela humanidade durante grande parte da Idade Média e até o recrudescimento da Revolução Comercial, que fez ascender ao poder às classes burguesas, enriquecidas com a atividade comercial.

Porém, a partir da Revolução Industrial na Inglaterra, uma nova consciência política relacionada ao comércio e à produção começa a ganhar forma, mas não restaram registros de alguma forma organizada de protesto popular contra abusos.

A defesa do consumidor, como movimento organizado, surgiu no final do século XIX, em 1891, na cidade de Nova Iorque. Como retaliação a um frigorífico que explorava abusivamente seus empregados, um movimento de donas-de-casa determinou boicote àquele estabelecimento. O sucesso da iniciativa levou Josephine Lowell a criar a liga dos Consumidores (Consumers League), associada aos movimentos trabalhistas e feministas. Seu objetivo era boicotar comerciantes que dispensavam aos empregados tratamento injusto como salários baixos, período excessivamente longo de jornada de trabalho, exploração da mão-de-obra feminina e infantil, etc.

Em 1899, Florence Kelly, prosseguindo com o movimento, reuniu associações de Nova Iorque, Boston, Chicago e Filadélfia criando a National Consumers League, com ênfase inicial nas condições de trabalho das mulheres e das crianças em fábricas têxteis de algodão.

Na década de 30, ainda nos Estados Unidos, foi criada a Consumers Union, associação responsável por análises, testes comparativos de produtos e preços, cujos resultados eram divulgados na revista especialmente dirigida aos consumidores, a Consumers Report. Essa revista, a mais antiga do gênero, é editada até hoje, com a mesma linha editorial, fiel aos mesmos princípios.

Na década de 40, o movimento organizado de defesa do consumidor chegou à Europa. Na França, na Inglaterra e na Alemanha, pequenos grupos se reuniam regularmente para levar reivindicações a comerciantes e industriais que não conseguiam agradar seus clientes.

A década de 60 foi marcada por importantes fatos que consolidaram a defesa do consumidor. Foi estabelecida a IOCU – International Organization of Consumers Unions, hoje Consumers International, uma organização não governamental de caráter internacional, sem fins lucrativos, reconhecida pela Organização das Nações Unidas, fundada por cinco organizações de países industrializados: Estados Unidos da América, Austrália, Holanda, Reino Unido e Bélgica. Atualmente conta com 190 organizações em 80 países da Europa, Ásia e América Latina.

Em 15 de março de 1962, o Presidente John F. Kennedy enviou ao congresso dos Estados Unidos uma extensa mensagem sobre a proteção dos consumidores, na qual estabelecia alguns direitos básicos, a saber:

- direito à segurança, segundo o qual o consumidor não pode ser exposto a perigos;
- direito à informação, que proíbe a omissão de dados relevantes sobre o produto colocado à venda;
- direito à livre escolha, que assegura ao consumidor a livre decisão de compra, e
- direito de ser ouvido, que obriga os fornecedores a receberem queixas dos consumidores e tomarem providências para resolvê-las.

Pela dimensão desse gesto de Kennedy para a disseminação dos direitos do consumidor em todo o mundo, o dia 15 de março passou a ser conhecido e comemorado anualmente como o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

Na década de 70, o movimento se estendeu aos países menos industrializados ou em estágio de desenvolvimento industrial, como Argentina, Brasil, Grécia, dentre outros.

No início dos anos 70, o Governo de São Paulo realizou estudos sobre o comércio e a indústria daquele estado, que foram concluídos com a constatação de sérias distorções de mercado. Foram observadas irregularidades em preços, peso, qualidade, embalagem, composição de produtos, publicidade, contratos, etc. Em todos os casos, o maior prejudicado era o consumidor.

Esses resultados levaram o Governo do Estado a propor, em maio de 1976, a criação de um Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, que depois ficaria conhecido como Procuradoria do Consumidor-SP, o pioneiro do gênero e que iria fornecer futuramente inúmeros subsídios para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

O que mais caracterizou o início dos movimentos de proteção ao consumidor no Brasil foi à interferência de órgãos públicos e o baixo grau de conscientização da população a respeito de seus direitos e deveres. O sucesso dos empreendimentos nessa área estimulou o Estado a seguir em frente. Em dezembro de 1978 foi institucionalizado o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor. O trabalho realizado pelo Procon foi reconhecido pelo IOCU, atual Consumers International, que abriu uma exceção ao acolher o trabalho do Procon – SP, uma vez que aquele organismo internacional só reúne membros não-governamentais.

Em 1983 foi criada a Promotoria de Justiça e Proteção ao Consumidor do Ministério Público, funcionando, inicialmente, junto ao Procuradoria do Consumidor-SP. No ano seguinte, em 1984, foram instituídos os juizados de Pequenas Causas, para facilitar ao consumidor e à população de baixa renda, de modo geral, o acesso à Justiça. No mesmo ano, deu-se início ao programa de descentralização da administração dos órgãos de defesa do consumidor, com incentivos à criação de Procon Municipais. Proliferaram, então, órgãos públicos e entidades não governamentais de defesa do consumidor.

Atualmente, as Procuradorias do Consumidor estão presentes em quase todas as capitais do País e nas cidades de porte médio. Só em São Paulo, mais de 30 municípios já contam com Procuradorias do Consumidor locais.

Desde o final dos anos 80 tinha ficado evidente para todas as pessoas ligadas à defesa do consumidor a falta crônica de normas técnicas nacionais e de sanções regulamentares capazes de adequar e responsabilizar o produtor/fornecedor por agressões e transgressões aos direitos básicos do consumidor, tais como o direito à saúde e à segurança. O Código brasileiro era, então, uma questão de tempo e oportunidade política.

Em 1987, organizações não-governamentais começaram a surgir e a se multiplicar pelo País. O IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, sediado em São Paulo e até hoje atuando vigorosamente na defesa do consumidor, foi à iniciativa mais bem sucedida do gênero, estimulando a fundação de outros.

Diante da necessidade da reformulação jurídica, o legislador constituinte de 1.988 promove a proteção do consumidor no Brasil, concedendo-lhe tratamento constitucional, elevando-a a categoria dos direitos individuais e coletivos e, concomitantemente, aos deveres impostos ao Estado (artigo 5º, XXXII, CF/88) “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” o que quer dizer, que o Governo Federal tem a obrigação de defender o consumidor, de acordo com o que estiver estabelecido nas leis, bem como princípio basilar da ordem econômica (artigo 170, V).

Entendendo o legislador constituinte que ainda não eram suficientes às disposições programáticas contidas na Carta Magna, no artigo 48 das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), determinou ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, visando, desta forma, à normalização do primeiro regramento do mercado de consumo.

Antes da promulgação do Código, havia leis esparsas que tratavam da proteção contra abusos do poderio econômico, amparando o consumidor no resguardo de seus direitos contra crimes praticados contra a pessoa, contra abusos praticados nos loteamentos e vendas de terrenos para pagamento em prestações etc.

Com a codificação, conferiu ao consumidor a sua autonomia e, simultaneamente, promoveu-se uma reformulação evolutiva no Direito Positivo, ao serem resgatadas às pessoas e suas funções do processo econômico para a ordem jurídica.

Mas, ainda que munido de instrumentos poderosos, via-se o consumidor permanecer inerte, persistindo em sua vulnerabilidade e hipossuficiente perante o sistema econômico, absorvendo os danos advindos das condutas antiéticas e anticomerciais que muitos fornecedores utilizaram por um longo período e se enriqueceram de modo ilícito às custas delas.

Isto ocorria porque a ordem jurídica não estava adequada à ordem econômica. Surge o direito do consumidor, buscando adaptar as atividades econômicas às exigências sociais, promovendo o equilíbrio dos contratos, a defesa dos consumidores e a coibição dos abusos praticados pelo poder econômico dos fornecedores. Em conclusão, o Código de Defesa do Consumidor visa a regular os meios de satisfação de todas as exigências e necessidades sociais advindas de relações de consumo e, simultaneamente, por se tratar de uma norma de ordem pública, impor, de modo obrigatório, os limites mínimos a essas relações de consumo, atingindo-se desde a relação individual de consumo até a defesa dos interesses difusos dos consumidores.

Evidencia-se, portanto, que o direito do consumidor não deve cuidar apenas da tutela da saúde e segurança do consumidor, mas seu maior objetivo ou seu traço preponderante deve ser efetivamente o de proteger a sua incolumidade físico-psíquica, ou seja, preservar a sua vida e integridade contra os acidentes de consumo.

1.2 Contratos

Contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir um direito. É considerada como fonte das obrigações em primeiro lugar, a lei, e, em segundo, à vontade das partes. Contrato nada mais é que a manifestação da vontade em pólos contrários.

A importância do contrato tem origem nas funções social e econômica que ele desempenha. Na primeira, indescritível, uma vez que quase tudo na vida social se manifesta por meio dele, que realiza o mister de harmonizar interesses antagônicos. Na segunda, assegura o interesse das partes vinculadas, e o seu cumprimento é obrigatório por lei.

O contrato supõe a existência de um acordo de vontades, onde as partes são livres para contratar. A liberdade de contratar funda-se na autonomia da vontade, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

A liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais.

O princípio da probidade e da boa fé está ligado não só à interpretação do contrato, pois segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes têm o dever de agir com honradez, lealdade e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé tanto na conclusão do contrato como em sua execução, impedindo que uma dificulte a ação da outra.

1.3 Contrato de Adesão

Com o liberalismo econômico, onde predominava a idéia de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados e a concepção de que os mercados de capitais e de trabalho devem funcionar em condições livres, conseqüentemente favorecendo o domínio de uma classe econômica, surgiu o contrato como instrumento jurídico imprescindível para as relações econômicas.

Naturalmente, com a evolução da sociedade e as complexidades das relações sociais daí advindas, a Teoria Geral dos Contratos passou por algumas transformações, dentre as quais se destacam:

- ✓ A insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as partes, atribuído ao princípio da igualdade formal;
- ✓ A modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica;
- ✓ A intromissão do Estado na vida econômica.

Dessas transformações, o legislador mudou suas preocupações quanto a rigidez do contrato. Passa a dispensar maior significado às normas sobre o acordo de vontades, estudando com maior ênfase na declaração de vontade e dos vícios que podem anulá-la, e limitando a proteção legal aos incapazes. Isso em relação aos contratos nos moldes clássicos. Nos moldes contemporâneos, onde os contratos se realizam em série, preocupou-se o legislador em defender os aderentes, visto que na celebração dos contratos não lhes é dada a faculdade de discutir, fazer prevalecer sua vontade, mormente contratando em condições totalmente prejudiciais aos seus interesses.

A denominação “Contrato de Adesão” foi utilizada pela primeira vez no final do Século XIX. As empresas ricas submetem sua vontade à parte mais fraca, que têm de

aceitá-la, para que haja o contrato. Rompeu-se o dogma da autonomia da vontade, e criou-se uma oposição à idéia de contrato bilateral.

Após a Revolução Francesa (1789), o comércio e indústria se desenvolveram muito, imprimindo profundas modificações nos negócios, substituindo formas tradicionais de contratação por uma modalidade negocial onde se consolidou a oferta em massa de bens e serviços.

O individualismo exagerado começou a ser questionado. A sociedade se evoluiu e o desenvolvimento econômico cresceu, transformando as relações negociais. O Estado teve que intervir, para equilibrar as relações contratuais, tornando esse instituto caracterizado pelos interesses público e privado.

Após a Segunda grande guerra, o padrão de vida do cidadão foi melhorando, surgindo, então, o Direito do Consumidor, para absorver as necessidades sociais surgidas. No fim do século XIX, surgiram os contratos de massa, restringindo a autonomia de vontade.

Para definir as principais características do contrato de adesão, assim se posicionou Mário de Camargo Sobrinho¹:

“No contrato de adesão uma das partes formula antecipadamente, as cláusulas, de modo uniforme e abstrato, que recebe a denominação de condições gerais do contrato. A outra parte, chamada de aderente, aceita em bloco as cláusulas formuladas antecipadamente, sem alternativa para negociações preliminares ou modificações das cláusulas preestabelecidas”.

Segundo Nelson Nery Júnior², os contratos de adesão têm origem no BGB alemão, e foram bem aceitos no Brasil e demais países. Enfatiza que, doutrinariamente, é diferente dos contratos por adesão, onde o aderente tem de aceitar as cláusulas estipuladas uniformemente, de antemão. Como exemplo, o Poder Público, nas cláusulas gerais para fornecimento de energia elétrica. Nos contratos de adesão, as cláusulas são estipuladas também unilateralmente

¹ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de Adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 54.

² JÚNIOR, Nelson Nery. *in Código Brasileiro de defesa do Consumidor*. 7. ed. RJ: Forense Universitária, 2001. p. 566.

mas o aderente pode recusá-las, aceitando-as, em bloco, como os demais consumidores, ou opondo-se a elas. Muito comuns nas vendas de produtos e serviços pelos estabelecimentos bancários.

O contrato de adesão é uma das figuras mais interessantes do Direito Contratual moderno, caracterizando-se como aquele em que um dos contratantes previamente determina as condições gerais contratuais, e sem discussão a outra parte adere, aceitando em bloco o que foi redigido e imposto pelo primeiro.

Essa manifestação unilateral da vontade acarreta os mais variados problemas, gerando uma disparidade, um desequilíbrio entre as partes contratantes com a inserção de cláusulas abusivas, surgindo daí a necessidade de uma legislação específica, iniciando-se pelo controle prévio das condições gerais dos contratos de adesão.

Segundo Mário Camargo Sobrinho, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu regras nas relações de consumo, prevendo no seu artigo 54 o contrato de adesão, porém, segundo o autor, outras relações de negócios, como civis, comerciais, de trabalho, caracterizam contrato de adesão e não figuram lei para esta regulamentação.

A maioria dos civilistas adota conceitos semelhantes para contrato de adesão, dentre os quais destacamos:

Sílvio Rodrigues³ o define como sendo aquele que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto.

João Bosco Leopoldino da Fonseca⁴ entende o contrato de adesão como sendo “um tipo contratual cujo conteúdo tenha sido elaborado, parcial ou totalmente, de forma abstrata por uma das partes, e oferecido à outra, a quem caberá somente aceitar ou não aquele conteúdo, sem qualquer possibilidade de discuti-lo. É pegar ou largar.”

³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: dos Contratos e das Declarações Unilaterais das Vontades*, São Paulo: Saraiva, 1985. p. 45.

⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. B. L. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*, Rio de Janeiro, 1993. p. 36.

Vale ressaltar a definição de Orlando Gomes⁵

“Pré-constituição do seu conteúdo por uma das partes, eliminada a livre discussão que precede normalmente à formação dos contratos. A outra parte cabe apenas aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”.

Na concepção de Caio Mário⁶, “ chamam-se contratos de adesão aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.”

Na opinião de Waldírio Bulgarelli⁷ o contrato de adesão é aquele em que não há discussão livre, entre as partes, das cláusulas contratuais, posto que estas são redigidas e impostas por uma delas à outra que as aceita em bloco.

1.4 Contrato de Adesão no Código de Defesa do Consumidor

Segundo Bulgarelli⁸, “com a promulgação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, regulou-se o contrato de adesão com normas de proteção aos aderentes, que, embora voltadas especificamente para os consumidores, certamente, que à falta de uma legislação geral servirão de parâmetro para a aplicação dessas normas a outros casos concretos.”

Não restam dúvidas quanto à importância dos contratos de adesão, nas relações de consumo de massa, apesar dos malefícios que eventualmente trazem no seu conteúdo, a exemplo das cláusulas abusivas. Essa imprescindibilidade fica evidenciada no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, que o define e procura limitar sua onerosidade, qual seja:

⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 109.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Ob. Cit.* P.23.

⁷ BULGARELLI, Waldimiro. *Contratos Mercantis*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 98.

⁸ BULGARELLI, W. *Ob. Cit.* p. 98

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha do consumidor, ressalvando-se o disposto no 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que impliquem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

§ 5º Vetado – Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

1.5 Desigualdade na Relação Bancária

O contrato de adesão, fruto das transformações negociais ocorridas, surgiu para fazer prevalecer à vontade unilateral de uma das partes, gerando o aparecimento e recrudescimento dos abusos e injustiças, desequilibrando as relações contratuais.

Nos tempos atuais, a latente vulnerabilidade da parte mais fraca, ou seja, a que não detém a informação sobre determinado produto ou serviço, o Estado teria que se apresentar mais forte para evitar essa distorção, com legislação específica para o controle do conteúdo desses contratos.

Na opinião de Cláudia Lima Marques⁹, “no caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável, é hipossuficiente, é o pólo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção “pegar ou largar”, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor.”

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. P. 147.

Ainda segundo Cláudia Marques¹⁰, existem três tipos de vulnerabilidade:

- ✓ Técnica – o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços, a vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir o profissional, destinatário final fático do bem.
- ✓ Jurídica ou Científica – é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. No CDC, esta vulnerabilidade é presumida para o consumidor não profissional, e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.
- ✓ Fática ou sócio-econômica – o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam. Nessa vulnerabilidade, o sistema CDC a presume para o consumidor não profissional, mas não a presume para o profissional, nem a presume para o consumidor pessoa jurídica. Isto não significa que o Judiciário não possa tratar o profissional de maneira “equivalente” ao consumidor, se o profissional efetivamente provar a sua vulnerabilidade, que levou ao desequilíbrio contratual. Trata-se, porém da exceção e não da regra.

Por variadas razões, o consumidor se torna vulnerável técnica, fática ou juridicamente – nas relações que trava e, por isso, carece de normas que lhe sejam mais favoráveis, a fim de reequilibrar a situação.

Contudo, o Código se preocupou em definir o alvo de suas normas protetivas como o destinatário final de um bem (artigo 2º, caput), justamente por entender que nesse pólo da relação de consumo se encontrava a parte mais vulnerável.

A vulnerabilidade é o fundamento de aplicação do Código de Defesa ao Consumidor. Contudo, ela foi pressuposta pelo legislador como estando presente na pessoa do destinatário final.

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Ob. Cit. P. 147-149*

Por isso, não é essencial se identificar à vulnerabilidade de um sujeito. Basta verificar se ele é destinatário final, ou se ele é destinatário final e econômico.

A Constituição de 1988 garantiu ao consumidor, maior proteção nas relações de consumo, com base na sua vulnerabilidade econômica.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, os consumidores tiveram seus direitos consolidados, por intermédio de novas normas e princípios jurídicos para sua tutela¹¹.

Antonio Carlos Efig¹², assim se posiciona a respeito da desigualdade na relação bancária. “Atribuir plena eficácia às normas contidas no CDC significa conferir ao código a sua total aplicação, representa possibilitar ao consumidor a garantia da sua proteção e defesa, bem como estabelecer ao fornecedor parâmetros para sua conduta dentro deste regulamento, visando assim, o equilíbrio nas relações de consumo.”

Outros posicionamentos jurídicos fortalecem a necessidade de equilíbrio nas relações de consumo, quais sejam:

“O código pretende criar a necessidade de haver mudança de mentalidade de todos os envolvidos nas relações de consumo, de sorte que não mais seja praticada a “Lei de Gerson” no país, segundo a qual se deve tirar vantagem devida e indevida de tudo, em detrimento dos direitos de outrem... O código pretende desestimular o fornecedor com o espírito de praticar condutas desleais ou abusivas, e o consumidor de aproveitar-se do regime do código para reclamar infundadamente pretensos direitos a ele conferidos.”¹³

No campo processual, evidencia-se a preocupação do legislador em proteger o consumidor, possibilitando-o maior facilidade de acessar a justiça. O CDC propõe, na seção sobre a defesa do consumidor em juízo, do desenvolvimento das ações coletivas, por meio de órgãos como as Procuradorias do Consumidor e principalmente Ministério Público¹⁴.

¹¹ EFING, Antonio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 23.

¹² JUNIOR, Nelson Nery. *Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: *Revista Direito do Consumidor*. p. 47, v. 3.

¹³ EFING, Antonio Carlos. *Ob. Cit.* p. 23.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Ob. Cit.* p. 229.

CAPÍTULO II CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS

2.1 Efeitos

Com a evolução da sociedade e o crescimento da economia, a partir das transformações ocorridas após a Revolução Francesa, industriais e comerciantes passaram a utilizar-se do contrato como meio de manter fortes as suas empresas, sobreviventes dentro do mercado cada vez mais exigente.

Padronizaram a redação dos contratos, onde prevalecia a inserção de cláusulas que assegurassem o fortalecimento e a sobrevivência da empresa, os clientes não as discutiam, não participavam, simplesmente aceitando o negócio pela necessidade e dependência que dele se lhe impunha.

Imperava a falsa presunção de que o aderente aceitava o que lhe era apresentando, porque aquelas cláusulas lhe eram convenientes, aderindo a elas, portanto, por livre e espontânea vontade, com autonomia.

Essas condições contratuais impostas, dispostas de forma a prevalecer e beneficiar seu criador, são conhecidas na doutrina moderna como Cláusulas Abusivas.

As cláusulas abusivas surgiram em consequência dos contratos de adesão, sob o caráter econômico, visto a intenção dos empresários em fortalecer sua posição no mercado. Não podemos afirmar que a cláusula abusiva decorre logicamente e exclusivamente do contrato de adesão, e sim que as características daqueles contratos propiciam seu surgimento.

Na opinião do jurista Nery Júnior¹⁵, não podemos confundir cláusulas abusivas com abuso de direito previsto no artigo 160 do Código Civil Brasileiro, parágrafo único. Cláusulas abusivas equivalem a cláusulas onerosas, excessivas, vexatórias. Aí se concentra grande parte do nosso objeto de estudo. “Nesse sentido, cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso nossa

¹⁵ JÚNIOR, Nelson Nery. *in Ob. Cit. p. 501.*

análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do artigo 4º, no. I, do Código de Defesa do Consumidor.”

No ordenamento jurídico brasileiro, existe, hoje, um corpo orgânico de normas que se destinam a regular as relações de consumo, incluindo disposições legais que visam disciplinar o contrato de adesão e, especificamente, definir, distinguir e impedir o emprego das cláusulas abusivas.

Todos os contratos estão sujeitos à existência de cláusulas abusivas. Numa relação de consumo, em função do desequilíbrio de forças entre o fornecedor e o consumidor, torna-se previsível a sua interferência.

Dispositivos para prevenção das cláusulas abusivas vêm sendo implementados até a nível internacional, afirma Nelson Nery Júnior¹⁶. No Brasil, através da Secretaria de Direito Econômico, órgão vinculado ao Ministério de Justiça, foi editada uma Portaria específica, a nº 4, de 13.03.98, contendo explicações sobre cláusulas consideradas abusivas. Também foi editada Medida Provisória nº 1.914-4 (Diário Oficial da União de 29.07.99, p.39), proclamando a nulidade da cláusula contratual que solidifique a “usura”, ou seja, que estabeleçam taxas de juros acima dos legais, vantagem ou lucro excessivo. “Nas ações para decretação da nulidade dessas cláusulas, o ônus da prova de sua regularidade cabe ao estipulante (artigo 3º da MP nº 1.914/99).

Atendendo aos reclamos da doutrina, o Código de Defesa do Consumidor enunciou hipóteses de cláusulas abusivas em elenco exemplificativo. A expressão “entre outras” do caput do artigo 51 evidencia o critério da lei mencionar em *numerus apertus* os casos de cláusulas abusivas nos contratos de consumo.” O Juiz poderá reconhecer e declarar abusiva, com base nos princípios da boa-fé e da compatibilidade, qualquer cláusula que amparar o desequilíbrio entre as partes nos contratos de consumo.

¹⁶JÚNIOR, Nelson Nery. *in Ob. Cit. p. 502.*

Sobre nulidade dessas cláusulas, Nery Júnior¹⁷ se posiciona: “As nulidades têm sistema próprio dentro do Código de Defesa do Consumidor. Não são inteiramente aplicáveis às relações de consumo as normas sobre nulidades inscritas no Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil ou outras leis extravagantes. Mesmo porque os sistemas de nulidade não são uniformes, variando de acordo com a peculiaridade de cada ramo da ciência do Direito.”

O Código de Defesa do Consumidor não considerou o sistema de nulidades do Código Civil, afastando-se dele. Assim, superou-se o entendimento de que as nulidades plenas e absolutas precisam de sentença judicial para se fazerem efetivas. No regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a *ordem pública de proteção ao consumidor*. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão.

2.2 Código de Defesa do Consumidor

Grande tem sido a preocupação de juristas, magistrados, operadores do Direito, em harmonizar as relações de consumo realizadas junto aos estabelecimentos bancários, à luz da Lei 8.078, de 11 de dezembro de 1990.

O combate à unilateralidade existente nos contratos de adesão, e, conseqüentemente, às cláusulas abusivas que deles advêm tem sido uma constante no universo jurídico nacional.

¹⁷ JÚNIOR, Nelson Nery. *in Ob. Cit. p. 503.*

Segundo Hélio Zaghetto Gama¹⁸, toda sociedade, com base na democracia, tem como ideal o equilíbrio perfeito nas relações de consumo, onde nenhuma das partes possa instrumentos necessários para cada um têm de ser disponibilizados de forma harmônica, sem privilégios ou preconceitos.

Quem adquire tem de saber o que está adquirindo. Todo produto ou serviço deve ser acompanhado da descrição das suas características, para que o consumidor não se confunda e escolha adequadamente. Cada consumidor tem que se sentir à vontade para escolher o que mais lhe convém.

O consumidor não tem oportunidade de conhecer as cláusulas que possam vir a prejudicá-lo. Acaba contratando pressionado pelas dificuldades inerentes aos contratos, redigidos em letras pequenas e linguagem inacessível para um cidadão comum. Quando consegue visualizar o conteúdo, não consegue interpretá-lo adequadamente. Esses são os ardis impostos pelo poder econômico, muito utilizados em países como o Brasil, cuja cultura preza mais pelos valores individuais, pouco importando o que ocorre com os semelhantes.

A necessidade de usufruir o produto ou serviço, aliada à confiança que a publicidade gera nos sujeitos, às vezes de forma enganosa, fazem também com que os contratos percam sua bilateralidade e os abusos ocorram como consequência da ignorância. As próprias cláusulas contêm características de influenciar psicologicamente o consumidor para que ele não exerça plenamente os seus direitos, mesmo com conhecimento e discordando do que lhe é imposto.

O número de cidadãos que procuram reverter situações que lhes são onerosas injustamente é ainda muito pequeno, fazendo com que os fornecedores, como as Administradoras de Cartões de Créditos, persistam na ilegalidade por vantagens que agregam.

¹⁸ GAMA, Hélio Zaghetto. Curso de Direito do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 17

Inúmeros são os abusos, que os riscos advindos de eventuais demandas judiciais são compensados com ampla superioridade.

Também nos contratos de Leasing não existe liberdade para discussão das suas cláusulas. Para o interessado, restam apenas as opções de aceitar ou não o negócio, no tocante aos instrumentos que o representa. Existe uma imposição, onde a parte fraca tem como condição ligar-se à parte mais forte economicamente, em consequência da própria estrutura social que vivemos. O titular simplesmente assina o impresso apresentado pela arrendante, idêntico para todas as operações de crédito da espécie, com exceção das cláusulas que se referem a prazo e valor das prestações¹⁹.

As opiniões doutrinárias são claras no que tange aos princípios que norteiam as relações de consumo. Infelizmente, essas regras não são observadas com a importância que requerem. É comum os contratos bancários serem leoninos, com cláusulas draconianas, sem nenhuma oportunidade para o consumidor contestá-las. Além disso, fica evidenciada a intenção de confundir a parte mais fraca, a partir do momento que contemplam uma enorme quantidade de enunciados, quase ilegíveis em função do tamanho dos seus caracteres. Tomemos, por exemplo, o contrato de *LEASING*.

Uma outra forma de emaranhar o momento de escolha do produto ou serviço, é a utilização de palavras americanizadas, que fogem à compreensão da quase totalidade de nossa população. Já existem movimentos a favor de uma limpeza dessa exteriorização lingüística, de forma a solidificar o idioma nacional. Com felicidade, já se percebe que alguns fornecedores, notadamente Bancos, estão iniciando projetos para nacionalizar os dizeres nas suas estampas publicitárias. O Banco do Brasil vem trocando toda sua sinalização visual, excluindo o termo *PERSONAL BANKING* por *AUTO-ATENDIMENTO*.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Leasing: Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68

Muito aflitivo, também, a observância das chamadas “vendas casadas”. Nessas, o consumidor ao propor a aquisição de um produto ou serviço de sua necessidade, é compelido a adquirir outro de exclusiva conveniência momentânea daquele Banco. Recentemente o *BANCO CENTRAL DO BRASIL* regulamentou efetivamente essa matéria, cabendo-nos, todos os consumidores, fazer valer sua coercitividade.

O legislador brasileiro elencou diversas cláusulas abusivas, no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, definindo para elas nulidades absoluta, portanto, não sanáveis pelo Juiz. As que ali não constarem, mas onerosas e contra a boa-fé contratual, podem ser modificadas por prerrogativa do consumidor. Nestas, o judiciário intervém para equilibrar a relação de consumo, enquanto nas constantes do Código de Defesa do Consumidor, apenas a execução da norma. Pode-se concluir que toda e qualquer condição contratual que afronte o princípio da boa-fé, em princípio, é cláusula abusiva, a ser atingida pela nulidade absoluta, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Da Proteção Contratual

Segundo Ana Maria Zauhy Garms²⁰, o contrato enquanto unilateral, defensivo de interesses, a predefinição de cláusulas e de condições contratuais ingressa no mundo jurídico como proposta para negociação, a que o acolhimento dos interesses imprime o feitiço do contrato.

Resultando a necessidade de fixação de mecanismos tendentes a equilibrar os interesses em causa, sempre que se firmam os contratos.

As novas normas do código sobre a proteção contratual deverão ser aplicadas em todos os contratos (exceto os trabalhistas). Contratos estes denominados de contratos de consumo sejam eles de compra e venda, de locação, de depósito, de seguro de abertura de

²⁰ GARMS, Ana Maria Zauhy, Cláusulas Abusivas nos Contratos de Adesão à luz do Código do Consumidor. Disponível em (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>). Acesso em 06.05.2002.

conta corrente entre outros.

O código pretende estabelecer o equilíbrio contratual, invocando o princípio da boa-fé, da equidade, ou seja, da função social do contrato. Ele prevê um regime protetivo onde a administração pública e a privada, através de mecanismos jurídicos próprios equilibram as relações de consumo, em especial com a proscrição de cláusulas abusivas em contratos de adesão.

O consumidor fica protegido de qualquer abuso que queira o fornecedor praticar. A finalidade principal é harmonizar os interesses contrapostos em jogo. Preservando as atividades produtivas e protegendo o consumidor de abusos.

Carlos Alberto Bittar²¹ nos dá uma clara noção desta proteção contratual:

“A propósito o direito codificado delimita o alcance dos contratos de adesão e proíbe a inserção de certas cláusulas, que considera abusivas, declarando-as não escritas, e portanto de nenhum efeito vinculatório, a saber: as limitativas e as elisivas de responsabilidade do disponente, as de transferência de responsabilidades à terceiros, às contemplativas de obrigação iníquas ou abusivas, as de intervenção de ônus da prova, as de indicação prévia de árbitros.”

O artigo 46 do código tem como objetivo principal eliminar qualquer vício de vontade do consumidor devendo dessa forma, ter acesso a qualquer informação à respeito do contrato que está celebrando.

O Código de Defesa do Consumidor institui um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato.

Esse princípio, por consequência, impõe ao fornecedor o dever da efetiva e direta informação sobre as condições do negócio a ser realizado, abrangendo tanto a oferta como o texto do próprio compromisso quando escrito ou a divulgação ampla das condições quando decorrência do pequeno negocio, for verbal.

²¹ BITTAR, Carlo Alberto. Contrato de Adesão e Cláusulas Abusivas. Rio de Janeiro: Forence, 1991.

Assim é que o contrato deverá ser elaborado e redigido de forma clara e tudo no sentido de proporcionar ao consumidor amplo, pleno e prévio conhecimento de todas condições reguladoras da vinculação e sob pena, conforme o artigo 46, do Código de Defesa do Consumidor.

O fornecedor ao celebrar um contrato deverá certificar-se de que o consumidor tem total ciência de todas as cláusulas contratadas. Agindo assim, estará protegendo seus próprios interesses visto que o artigo 6º VIII do Código de Defesa do Consumidor nos traz a inversão do ônus da prova.

Em casos de contrato de adesão em que o consumidor houver inserido cláusulas poderá haver a presunção de que tenha total ciência do conteúdo do contrato.

Haverá somente a presunção, isto porque mesmo que o consumidor altere o contrato não o fará substancialmente. Deverá ser considerado como de total conhecimento do consumidor apenas a parte que foi alterada.

CAPÍTULO III GARANTIAS PROCESSUAIS AOS CONSUMIDORES

3.1 Inversão do Ônus da Prova

A partir de 1.990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº 8.078/90), verificou-se uma tentativa do legislador em proteger o consumidor, ou seja o dotou dos meios processuais necessários para a garantia de seus direitos.

Um dos itens que bem demonstra este ponto de vista é chamada INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Segundo entendimento processual o ônus da prova cabe a quem alega, logo ao demandar em juízo cabe à parte autora, demonstrar ao julgador as provas em que baseia sua argumentação, o mesmo sendo exigido da parte ré, ao alegar matéria extintiva ou modificativa do direito.

Excepcionalmente admite o Código de Defesa do Consumidor a inversão do dever de provar, isto, quando o magistrado verificar a hipossuficiência e verossimilhança das argumentações demonstradas pelo consumidor em sua pretensão.

A hipossuficiência consiste na impotência do consumidor, ou seja quando existir a chamada dificuldade para que o mesmo possa demonstrar aquilo que alega.

E, a verossimilhança das alegações deve ser aquilatada pelo Magistrado de acordo com as regras de experiência de vida.

A inversão do ônus da prova deve ser deferido pelo Juiz mediante despacho interlocutório, o qual deve ser fundamentado conforme exigência contida no Artigo 93-IX da Constituição Federal.

3.2 Ação Civil Pública

O Código de Defesa do Consumidor mediante seus artigos 81 e seguintes dotou o Ministério Público dos poderes necessários a defender os interesses dos consumidores em juízo.

A bem da verdade a Ação Civil Pública já era prevista em nosso ordenamento jurídico, desde 1.985, porém o Código de Defesa do Consumidor ampliou as hipóteses de seu ajuizamento, determinando que tal poderia se feito para a defesa dos interesses difusos, que são os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias do fato, bem como para a defesa de interesses ou direitos coletivos, definidos como sendo os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Para a ação civil pública prevista no Código de Defesa do Consumidor deve ser seguido o trâmite processual tratado na Lei Nº 7.37/85

CAPÍTULO IV APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS BANCOS

4.1 Contratos Bancários

As operações bancárias estão abrangidas pelo regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, desde que constituam relações jurídicas de consumo. Diz o 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”. Define o que seja produto em seu § 1º: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Os serviços estão considerados no § 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. “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”.

Não há dúvida sobre a natureza jurídica da atividade bancária, que se qualifica como empresarial. É antiga a lição de Vivante, dizendo que banco é a empresa comercial que recolhe os capitais para distribuí-los sistematicamente com operações de crédito.

O aspecto central da problemática da consideração das atividades bancárias como sendo relações jurídicas de consumo reside na finalidade dos contratos realizados com os bancos. Havendo a outorga do dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado do banco para repassá-lo, não será destinatário final e, portanto, não há que se falar em relação de consumo. Como as regras normais de experiência nos dão conta de que a pessoa física que empresta dinheiro ou toma crédito de banco o faz para sua utilização pessoal, como

destinatário final, existe aqui presunção hominis, juri tantum, de que se trata de relação de consumo, quer dizer, de que o dinheiro será destinado ao consumo. O ônus de provar o contrário, ou seja, que o dinheiro ou crédito tomado pela pessoa física não foi destinado ao uso final do devedor, é do banco, quer porque se trata de presunção a favor do mutuário ou creditado, quer porque poderá incidir o artigo 6º nº VIII, do Código de Defesa do Consumidor, com a inversão do ônus da prova a favor do consumidor.

Já para os devedores pessoa jurídica, a presunção é de que emprestam ou tomam crédito do banco para ser utilizado em sua atividade de produção, isto é, para aplicar em sua linha de produção, montagem, transformação de matéria-prima, aumento de capital de giro, pagamento de fornecedores etc. O ônus da prova de demonstrar que emprestou como destinatário final é da pessoa jurídica que celebrou o contrato de mútuo ou crédito com o banco.

Os contratos bancários podem ter como objeto o crédito. Destes, os mais comuns são o contrato mútuo, de desconto, de financiamento de aquisição de produtos ao consumidor, de abertura de crédito, de cartão de crédito etc. Se o devedor destinar o crédito para sua utilidade pessoal, como destinatário final, haverá relação jurídica de consumo, sujeita ao regime do Código de Defesa do Consumidor.

A discussão sobre o alcance da norma de *Código de Defesa do Consumidor* nas operações bancárias evoluiu e atualmente está definido que para algumas operações bancárias incide a legislação do Código, deixando de incidir em outras.

Regra geral pode-se afirmar que quando os valores dos contratos bancários se destinarem a aquisição de bens de consumo, há a incidência do Código, porém, quando os valores se destinarem a insumos, como por exemplo, suprimento de caixa para capital de giro do comerciante, pessoa física ou jurídica, na se configura relação de consumo, não se aplicando as regras do Código do Consumidor.

Em recente julgado do Superior tribunal de Justiça – STJ, o entendimento acima ficou patente, conforme se pode verificar da ementa seguinte:

“MÚTUO REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2% INEXISTÊNCIA NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. – Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinando-se precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor.”

Assim, podemos afirmar com segurança que as normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicadas nas transações bancárias, exceto às destinadas a suprir a atividade, como insumo.

4.2 Código de Defesa do Consumidor Bancário

Recentemente, foi editada pelo Banco Central do Brasil a Resolução 2.878, que dispõe, em seu preâmbulo, sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.

Em virtude da previsão da Lei n.º 4.595/64 (artigo 17 c/c artigo 18, § 1º) são instituições financeiras e autorizadas pelo Banco Central do Brasil: os estabelecimentos bancários oficiais e privados (*latu sensu*: bancos comerciais, banco de investimento, bancos de desenvolvimento e bancos múltiplos com carteira comercial); as sociedades de crédito, financiamento e investimento (‘financeiras’); as caixas econômicas; as cooperativas de crédito e cooperativas que possuem seção de crédito.

E também as Leis n.ºs 4.380/64 (artigo 8º), 9.514/97 (artigo 1º), e da Resolução n.º 1.980/93 (artigos. 1º e 2º), do Conselho Monetário Nacional: os bancos múltiplos com carteira de crédito imobiliário as sociedades de crédito imobiliário; as associações de

poupança e empréstimo; as companhias de habitação; as fundações habitacionais; os institutos de previdência, exclusivamente com relação à seção de crédito imobiliário; as companhias hipotecárias; as carteiras hipotecárias dos clubes militares; os montepios estaduais e municipais, exclusivamente com relação à seção de crédito imobiliário; as entidades e fundações de previdência privada, exclusivamente com relação à seção de crédito imobiliário.

Apelidada de Código de Defesa do Cliente Bancário, essa Resolução vem fortalecer a cruzada que se tem iniciado para a defesa dos clientes dos bancos e do público em geral, em um momento de explícito combalimento da economia latino-americana, o que, nos clarifica a experiência, torna o sistema financeiro mais vinculado diretamente aos resultados das atividades globais, portanto, mais voraz e descompromissado com a sociedade.

Aprovada em julho de 2001, pelo Conselho Monetário Nacional, essa norma específica é muito menos abrangente que o Código do Consumidor. Por exemplo, o tempo de atendimento nas filas, uma verdadeira tortura dos tempos modernos não é contemplada no documento.

Como a função precípua do *BANCO CENTRAL* é regulamentar e fiscalizar o sistema financeiro, o manual serve apenas como modelo de conduta. A multa prevista de até R\$100 mil por dia para os bancos que desrespeitarem as normas, na prática não funciona, porque o código elaborado não tem valor legal na hora de acionar um banco na Justiça.

Não é preocupação do *BANCO CENTRAL* defender o consumidor, e sim, fiscalizar os bancos de acordo com as normas elaboradas para o sistema, portanto, o caminho até uma advertência ou punição é longo, passando por muitas etapas burocráticas que tornam ineficaz a aplicação desse tipo de código.

Na realidade, essa regulamentação do *BANCO CENTRAL* só tem validade nos temas onde a Lei 8.078/90 não abrange, e, se houver competência convergente, prevalece o Código de Defesa do Consumidor.

4.3 Equilíbrio nas Relações entre Consumidores e Bancos:

Inquestionável que os contratos de adesão agilizam as formalizações nas relações de consumo. Por outro lado, sua prática subsidia o aparecimento das cláusulas abusivas. Como solução, entendo que os contratos de adesão devam ser formatados parcialmente, mantendo as cláusulas que não prejudicam a parte mais vulnerável, ou seja, as comuns a todos os contratos. As que dizem respeito à onerosidade, tais como, encargos financeiros, multas, garantias, inadimplemento, etc., deveriam ser obrigatoriamente discutidas, em qualquer hipótese.

Verificar até que ponto os contratos de adesão, utilizados pelos estabelecimentos bancários, podem ser aperfeiçoados para além de simplesmente agilizar e racionalizar sua operacionalização, ou seja, mais do que tornar para os bancos mais vantajosas as relações de consumo possam também trazer melhoras efetivas e diminuir ou eliminar a vulnerabilidade do consumidor de produtos e serviços bancários.

Permitimo-nos sugerir, para maior eficácia do Código de Defesa do Consumidor, e, conseqüentemente equilíbrio nas relações entre consumidores e bancos:

- ✓ Imprimir maior eficácia à legislação sobre relações de consumo.
- ✓ Aumentar a conscientização do público-alvo dos bancos sobre seus direitos positivados.
- ✓ Propiciar aos grandes estabelecimentos bancários, carros-chefes do segmento, uma análise mais profunda sobre as necessidades de maior qualificação dos seus profissionais de atendimento.
- ✓ Desenvolver entre os órgãos reguladores/fiscalizadores do Sistema Financeiro, a imprescindibilidade da sua atuação efetiva para equilibrar as relações de consumo entre bancos e seus clientes e usuários.

✓ Eliminar a inserção nos contratos de adesão, de cláusulas onerosas para o consumidor, que se refiram, a juros, multas e contratação de seguros.

✓ Proibição, da utilização de contratos de adesão que contenham cláusulas previamente definidas, quando essa versarem sobre juros, multas e contratação de seguros. As demais, de cunho mais genérico, poderiam ser mantidas como nos atuais contratos.

✓ Maior conscientização do consumidor quanto aos seus direitos e deveres nas relações de consumo. Isso poderia ser realizado através da inserção nos programas de ensino fundamental, como disciplina obrigatória. Os alunos se tornariam cidadãos socialmente mais corretos, seguros dos seus deveres e obrigações, e, portanto, menos vulneráveis e passivos.

✓ Para resultados mais imediatos, propagandas governamentais por intermédio da mídia, fazendo alusão ao assunto, poderiam ser veiculadas.

✓ Obrigatoriedade de programa de treinamento para os funcionários dos grandes bancos, interna ou externamente, sobre Defesa do Consumidor.

✓ Criação pelos estabelecimentos bancários de grande porte, de área voltada para o esclarecimento de seus consumidores, quanto a características dos produtos, política de atendimento ao público para recebimento de reclamações e sugestões e o seu devido encaminhamento.

✓ Fiscalização pelo *BANCO CENTRAL*, *MINISTÉRIO PÚBLICO* e *PROCURADORIA DO CONSUMIDOR*, relativamente ao cumprimento do Código de Defesa do Consumidor, incluindo nessas, se os avisos ao público, considerados obrigatórios, estão sendo divulgados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação básica do Código de Defesa do Consumidor é o equilíbrio que deve ser mantido entre as partes de uma relação jurídica, protegendo a parte mais frágil contra abusos e lesões ao seu patrimônio, em consequência do poder cada vez maior dos fornecedores, no caso em foco, os Bancos.

Os contratos de adesão são elaborados de forma unilateral, vez que o consumidor não discute as cláusulas neles insertas. Propício para o surgimento de cláusulas abusivas, o que gera grande desigualdade nas relações de consumo entre as partes contratantes.

Torna-se cada vez mais evidente a importância do estudo dos abusos contidos nos contratos de adesão a produtos e serviços bancários, além da busca incessante de soluções para essa desigualdade social, fazendo do Código de Defesa do Consumidor um paladino na defesa do livre desenvolvimento econômico da sociedade brasileira.

Diante dessa antiga batalha, da qual a vitória sempre se apresenta parcial e demolidora para o oponente hipossuficiente, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, sobre direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece que “ O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Do contexto de sociedade de consumo caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, além das dificuldades de acesso à justiça, notadamente pelo fraco da corrente, nasceu a Lei 8.078, de 11 de dezembro de 1990, também conhecida como “Código de Defesa do Consumidor”.

Considerado uma das leis mais completas do mundo, no que tange a relações de consumo, portanto instrumento legal de força inestimável, carente entretanto da eficácia ideal. Cumpre-nos, destinatários diretos e imediatos do texto legal, aprender a exercer nossos direitos e procurar os meios necessários para que sejam respeitados.

O consumidor brasileiro possui algumas características próprias, como por exemplo, certa passividade na busca dos seus direitos, uma indolência generalizada na solicitação da tutela constitucional que lhe é disponibilizada. A soma desses fatores leva a um desconhecimento por parte da maioria dos consumidores, da proteção a todos facultada pelo teor da Lei 8.078/90.

Deve o consumidor conhecer a pesquisa que identifica os abusos praticados pelas Instituições Financeiras, bem como a regulamentação que lhe é dada pelo Código de Defesa do Consumidor, de forma a participar, interagir, na sua aplicação efetiva no direito brasileiro.

A recente polêmica surgida nas relações de consumo, entre bancos e clientes, nada mais significa que uma estratégia desse importante segmento da nossa economia, em mostrar cada vez mais seu poderio, seu poder de convencimento e pressão, num ordenamento jurídico combalido e pressionado pelas elites.

Fugindo à abrangência do Código de Defesa do Consumidor, os bancos podem, de forma livre e facilitada, perpetuar a imensa desigualdade existente nas suas relações com seus clientes e usuários, explorando a vulnerabilidade desses para aumentar seus lucros com o mínimo de interferência estatal.

A modernidade da Lei 8.078/90 já vem impondo a esse segmento uma certa preocupação, fazendo com que, sob certa pressão social e legal, alguns bancos já direcionem parte da sua política de gestão, para a utilização de instrumentos que dêem ao consumidor maior segurança e informações sobre os negócios que realiza. Além disso, o elevado volume de acionamento dos órgãos de proteção, como Procuradoria do Consumidor e BANCO CENTRAL, faz com que as instituições, mesmo que ainda timidamente, repensem seus conceitos econômico-sociais.

Bancos de grande porte, com grande volume de atendimentos, como o Banco do Brasil, já direcionam muitos esforços para melhor atender seu público e tornar as relações de

consumo mais equilibradas. Por exemplo, podemos destacar o sistema de comunicação direta cliente/banco, no caso, denominado *BANCO DO BRASIL RESPONDE*, onde o usuário ou cliente pode fazer suas reclamações de qualquer natureza, suas sugestões, ou, simplesmente, pedido de informações. Também, ainda no âmbito desse agente financeiro da União, vale ressaltar a criação e implementação de cursos internos para seus funcionários, na área de atendimento e com foco no Código de Defesa do Consumidor.

Por não exaurir os problemas de aplicação da Lei 8.078/90, torna-se necessária a constante fiscalização dos bancos, para que medidas de natureza protetiva e de equilíbrio sejam adotadas por todos os representantes do segmento, de forma a contribuir efetivamente com uma maior eficácia do código.

Finalmente, cabe-nos aqui, abrir um tópico para reflexão de acadêmicos, professores, cidadãos em geral, responsáveis pelas mudanças necessárias para o surgimento de um mundo melhor: sermos, também, fiscais da Lei e do mercado, abrindo espaços para o debate e a participação social que o desenvolvimento requer, que o oprimido não alcança, e, que a cidadania impescinde.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos de Adesão e Cláusulas Abusivas*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BULGARELLI, Waldimiro. *Contratos Mercantis*. 13. e. São Paulo: Atlas, 2000.
- CAMARGO SOBRINHO, Mário de. *Contrato de Adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, v.1.
- DONATO, Maria Antonieta Zarnado. *Proteção do Consumidor*. Conceito e Extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- EFING, Antonio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- GARMS, Ana Maria Zanhy. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de adesão à luz do Código do Consumidor*. Disponível em (<http://www.jus.com.br/doutrina/texto>). Acesso em 06.05.2004
- GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. e. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 14. e. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor*. Revista Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, v.3.
- . *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. e. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.3.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*. 4. e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. São Paulo: Saraiva, 1985.