

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ESAÚ DANTAS DE MEDEIROS

**A ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS À LUZ DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

SOUSA

2014

ESAÚ DANTAS DE MEDEIROS

**A ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS À LUZ DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2014

ESAÚ DANTAS DE MEDEIROS

**A ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS À LUZ DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 31 de março de 2014

Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira – UFCG
Professor Orientador

Prof. Robervaldo Queiroga da Silva – UFCG
Examinador Interno

Prof. Lourdemário Ramos de Araujo – UFCG
Examinador Interno

“Palavras são, na minha nem tão humilde
opinião, nossa inesgotável fonte de
magia, capazes de ferir e de curar!”

(J. K. Rowling - Harry Potter e as
Relíquias da Morte)

Dedico à toda minha família, amigos e
colegas.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, fonte da vida e da graça.

A minha mãe, Lúcia, da qual nutro profunda admiração.

A meu pai, Eli Medeiros, que apesar de todas as dificuldades, sempre me apoiou.

A minha irmã, Kalline, pelo amor e carinho a mim dedicado, e até pelas brigas e discussões, que ajudaram a nós unir.

Aos meus sobrinhos, pelos simples fato de existirem e apesar, de às vezes me tirarem a paciência, proporcionam grande alegria.

A minha tia, Deuza, pelo incentivo e apoio.

Aos meus companheiros de apartamento, José Pires e Leomax. Duas pessoas dignas, que apesar das mancadas (leia-se José Pires) sempre foram extremamente confiáveis.

Aos meus amigos: Ricardo, Lucas Piauí, Sofista, Efigênia, Bárbara, Dani e Manuela Rodrigues, sem esquecer as meninas do 202-A (em especial Euriane) e 202, que sempre aguentaram meu estresse e loucura.

Ao meu orientador, professor Eduardo Jorge, pela confiança e compreensão dada na elaboração do meu trabalho científico.

Ao corpo docente do curso de Direito da UFCG pelos ensinamentos ministrados.

A todos que direto ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

Esta pesquisa científica se propõe a tratar de um tema bastante discutido no direito brasileiro: a abusividade nos Contratos Bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor. A investigação norteou-se pelos seguintes objetivos: análise, sobre a evolução histórica do Direito do Consumidor, mostrando seu surgimento no direito pátrio, apresentando sua fundamentação constitucional, passando pelo conceito e características do consumidor, de demonstrar as cláusulas abusivas que permeiam os contratos bancários, abarcando a proteção oriunda do Código de Defesa do Consumidor, da modalidade contratual que permeia sobremaneira as relações consumeristas, e, também, os princípios norteadores, a fim de se evitar uma onerosidade excessiva para o consumidor, considerado hipossuficiente nas questões de consumo. Servindo-se dos métodos bibliográfico e exegetico-jurídico, com o uso de doutrinas, código, leis, e artigos da Internet, bem como da jurisprudência pertinente às questões demonstradas, em suma, para tecer os contornos condizentes a atuação das instituições financeiras, em respeito ao seu cliente, e, também consumidor. Demonstrando que é exigível uma atuação pontual do poder judiciário para coibir as artimanhas das instituições financeiras tendentes a se locupletar de maneira contrária ao ordenamento legal. É relevante o estudo a medida que conceitua o contrato bancário como abarcado pelo Código de Defesa do Consumidor, e, portanto, devendo ser extirpado deste as condições abusivas que causam onerosidade excessiva para o consumidor.

Palavras-Chave: Direito do Consumidor. Cláusulas Abusivas. Contrato Bancário.

ABSTRACT

This scientific research aims to deal with a topic that is quite discussed on the Brazilian law: the unconscionability on the Bank Contracts in the light of the Consumer Protection Code. The study was guided by the following goals: analysis, about the historical evolution of the Consumer Protection Code, showing its rise on the vernacular rights, presenting its constitutional grounding, going through the consumer concept and features, demonstrating the abusive clauses that permeate the bank contracts, covering the protection originated from the Consumer Protection Code, the contractual modality that enormously permeates the consumer relations, and, also, the guiding principles, in order to avoid one excessive burden to the consumer, considered powerless on the consumer issues. Serving up from bibliographical and exegetical-juridical methods, with the use of doctrines, code, laws, and Internet articles, as well as the relevant jurisprudence to the stated questions, in short, to weave the consistent outlines to the performance of the financial institutions, regarding their client, and, also consumer. Proving that is required one punctual action of the Judiciary to restrain the financial institutions tricks that are tending to indulge themselves in an opposite way to the legal order. It is relevant the study as conceptualizes the bank contract as embraced by the Consumer Protection Code, and, therefore, must be excised of this the abusive conditions that cause excessive burden to the consumer.

Keywords: Consumer Rights. Abusive Clauses. Bank Contract.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR | 11 |
| 2.1 SURGIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL | 13 |
| 2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CDC | 15 |
| 2.2.1 O CDC Como Norma de Ordem Pública e de Interesse Social..... | 18 |
| 2.3 PRINCIPIOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO | 19 |
| 2.4 DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO | 20 |
| 3 CONTRATOS BANCÁRIOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR | 23 |
| 3.1 O CDC E OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO..... | 23 |
| 3.2 A INCIDENCIA DO CDC NOS CONTRATOS BANCÁRIOS..... | 29 |
| 3.3 DOS CONTRATOS BANCÁRIOS..... | 30 |
| 3.4 A REGRA DO CONTRATO DE ADESÃO | 34 |
| 4 CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS CONTRATOS BANCÁRIOS | 38 |
| 4.1 DEFINIÇÃO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS..... | 38 |
| 4.2 A NULIDADE DA CLÁUSULA ABUSIVA..... | 40 |
| 4.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS IDENTIFICÁVEIS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS . | 42 |
| 4.3.1 Exclusão de Responsabilidade do Fornecedor | 43 |
| 4.3.2 Cláusula de Mandato | 44 |
| 4.3.3 Eleição de Foro | 46 |
| 4.3.4 Cobrança de Multas e Encargos | 48 |
| 4.3.5 Alteração de Cobranças de Taxas | 50 |
| 4.3.6 Garantias Reais e Pessoais | 51 |
| 5 CONCLUSÃO | 54 |
| REFERÊNCIAS | 56 |

1 INTRODUÇÃO

O advento da Lei n.º 8.078, de 11 de Setembro de 1990, provocou profundas alterações no contexto sócio-jurídico brasileiro, dispendo de forma especial, sistemática e detalhada sobre a proteção dos interesses dos consumidores.

Num panorama de grandes desigualdades sociais e de completa disparidade entre o ordenamento jurídico e a efetiva proteção jurídica dos cidadãos, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) vem ao encontro dos anseios de uma nação que tenta dar, desde a Constituição Federal de 1988, efetivação à dignidade da pessoa humana. Desta forma, deve-se ressaltar que o CDC é plenamente consoante com os princípios garantidos pela Carta Política, e sua aplicação às relações de consumo é inafastável, ainda que por interesse das partes, seja por se tratar de norma cogente, de expressa ordem pública, seja pelo interesse social que visa a defender.

Ao descrever os objetos das relações de consumo, assim entendidos os produtos e serviços ofertados pelos fornecedores aos consumidores (estes, os agentes das mencionadas relações) a lei é clara ao conceituar como serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, e inclui expressamente as de natureza bancária, financeira, de crédito entre as tuteladas pelo diploma consumerista.

A situação jurídica almejada pelas instituições financeiras nas relações consumeristas demonstrava patente desequilíbrio contratual, em desfavor do consumidor, asseverando sua vulnerabilidade no mercado de consumo, e não poderia ser levada a termo, sob pena de restringir a eficácia de um diploma legal, que se amolda perfeitamente aos ditames de uma nova ordem econômica e social, trazida pela Magna Carta.

Ao analisar a relação entre os bancos e seus clientes, relação essa que inegavelmente é de consumo por estarem presentes seus elementos característicos: consumidor, fornecedor, o produto e serviço e a destinação final e conseguinte, os contratos bancários que são contratos de adesão. Fazendo um estudo em relação as boas práticas previstas no código de defesa do consumidor e o consumidor, este sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

Desta forma, o presente trabalho ora desenvolvido tem por objetivo primordial fazer uma análise objetiva e estrutural sob um tema bastante discutido no

mundo jurídico, qual seja: a abusividade nos Contratos Bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor. É neste contexto que se desenvolve a pesquisa científica, na tentativa de compreender as relações de consumo, principalmente as relacionadas aos contratos bancários.

Será feito de forma sucinta e objetiva uma análise sobre o Código de Defesa do Consumidor, desde seu surgimento até a atualidade, mostrando o conceito de consumidor e as relações à qual seria este Código aplicado.

Para tanto, faze-se necessário a utilização dos métodos bibliográficos e exegético-jurídico, com o uso de doutrinas, Códigos, leis e jurisprudência.

Assim, destaca-se a busca de entendimentos que abordem o tema em análise, qual seja: a abusividade nos Contratos Bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor - CDC, que tem grande relevância para o mundo acadêmico e jurídico, além de ser ponto de real discussão entre doutrinadores e juristas.

Quanto à estrutura, o trabalho de conclusão de curso apresenta, no primeiro capítulo uma abordagem sistemática sobre o Direito do Consumidor, seu surgimento e evolução, no Direito alienígena e no pátrio, mostrando sua fundamentação legal e seu desenvolvimento até sua codificação. Este capítulo também abordará os princípios das relações de consumo, bem como dos sujeitos e seus conceitos.

No capítulo posterior delinear-se-ão linhas sobre o consumidor e os contratos bancários, mostrando a aplicação CDC a estes contratos, mostrando como se estruturam e se comportam, além de fazer uma análise sobre o contrato bancário. Falar-se-á também sobre o contrato de adesão suas regras conforme os contratos bancários e sua relação com o consumidor.

No terceiro capítulo, buscar-se-á tratar de forma clara e objetiva, sobre as cláusulas abusivas, o conceito e a natureza jurídica de tais cláusulas, as posições doutrinárias e jurídicas, que versam sobre a os vários tipos de cláusulas abusivas, e as nulidades por elas provocadas. Por fim, ter-se-á considerações no tocante a identificação e comento sobre as principais cláusulas abusivas presentes nos contratos bancários.

Assim, o problema a ser solucionado no decorrer da pesquisa reside em saber se o Código de Defesa do Consumidor efetivamente combate as Cláusulas abusivas presentes nos contratos bancários.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O amparo ao consumidor é um desafio da sociedade atual em todo o mundo, e é sem dúvida um dos temas mais atual e desafiante do direito.

Não é difícil explicar tão grande dimensão para um fenômeno jurídico totalmente desconhecido no século passado e em boa parte deste. O homem do século XX vive em função de um modelo novo e associativo: a sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pela dificuldade de acesso à justiça. São esses aspectos que marcam o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor.

Existem, evidências implícitas da existência de regras entre consumidores e fornecedores de serviços e produtos em diversos códigos, constituições e tratados, bem antes da criação do Direito do consumidor. Já no antigo código de *Hammurabi* certas regras que, ainda que indiretamente, visavam proteger o consumidor. Assim, por exemplo, a Lei nº 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas. As consequências para desabamentos com vítimas fatais eram ainda mais severas; o empreiteiro, além de ser obrigado a reparar totalmente os danos causados ao dono da moradia, poderia ser condenado à morte se o acidente vitimasse o chefe de família. No caso de falecimento do filho do empreendedor da obra a pena de morte se aplicaria a algum parente do responsável técnico pela obra, e assim por diante (ALMEIDA, 2009).

Na Índia, no século XIII A.C. o sagrado código de *Manu* previa multa e punição, além de ressarcimento dos danos, àqueles que adulterassem gêneros (Lei nº 697) ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendesse bens de igual natureza por preços diferentes (Lei nº 698), (ALMEIDA, 2009).

Na Grécia a proteção ao consumidor preocupava Aristóteles, que advertia para a existência de fiscais afim de que não houvessem vícios nos produtos comercializados. Contemporaneamente existe o Direito do Consumidor cujo objetivo é adaptar e melhorar o direito das obrigações entre as pessoas, de forma a buscar e restabelecer o equilíbrio das partes abaladas pelo poder do mercado fornecedor, muitas vezes fruto da constituição de monopólios e oligopólios, ou até mesmo pela

displicência no tratamento dado às pessoas, constituindo um verdadeiro rolo compressor sobre as queixas e os direitos dos consumidores (ALMEIDA, 2009).

O Direito do Consumidor, como instituto de direito, teve sua origem nas sociedades capitalistas centrais (EUA, Inglaterra, Alemanha e França), sendo que as primeiras legislações protetivas dos direitos dos consumidores surgiram nos Estados Unidos da América (EUA), o *Federal Trade Commission Act* (1914) e o *Consumer Product Safety Act*, e se consolidaram após o pronunciamento de John F. Kennedy ao Congresso norte-americano, em 1962, que em mensagem especial ao Congresso sobre a problemática do consumidor, este identificou os pontos mais importantes em torno da questão.

Dallagnol (2002, p. 3) assevera:

Os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso, promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer a escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que determina o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições e serviços; e ainda o direito a preços justos.

Seguindo o exemplo do presidente norte-americano, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª Sessão, em 1973, em Genebra, reconheceu basicamente aqueles princípios como direitos fundamentais do consumidor.

Como podemos observar, as relações de consumo evoluíram enormemente nos últimos tempos, deste das operações de simples trocas de mercadorias e das incipientes operações mercantis chegou-se progressivamente às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento, leasing, importação, entre outras, envolvendo grandes volumes de dinheiro. De há muito, as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transformando-se, principalmente nos grandes centros urbanos, em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor. Os bens de consumo passaram a serem produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores. Os serviços se ampliaram largamente. O comércio experimentou extraordinário desenvolvimento, aumentando a utilização da publicidade como meio de divulgação dos produtos e atração de novos consumidores e usuários.

Como este avanço, surgiu um direito novo, o Direito do Consumidor, que buscava inspiração no Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Financeiro e Administrativo, para de uma forma coerente atingir seus objetivos sem ofender os demais princípios e regras existentes. O Direito do Consumidor foi criado para regulamentar as relações de consumo, entendidas essas como sendo o vínculo estabelecido entre fornecedor e consumidor, ligados por um objeto que será necessariamente, um serviço ou um produto.

2.1 SURGIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

No Brasil, quando de sua independência, ainda vigorando a legislação que proviera de Portugal, já havia a preocupação, mesmo que limitada, com a proteção ao consumidor.

O Título LVII do livro V das Ordenações Filipinas, conforme Sene (2007, p. 06) prescrevia que, "se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, assim como cera, ou outra qualquer, se a falsidade, que nela fizer, valer hum marco de prata, morra por isso"

A história da defesa do consumidor no Brasil tem no Código de Defesa do Consumidor seu grande marco que foi implementado com a promulgação da Lei nº 8.078, de 1990, fruto de um árduo trabalho que se iniciou com a redemocratização do País.

Como bem explicou Silva (2007, p. 124):

A descontinuidade dos sistemas democráticos gerou um atraso notório no próprio florescimento do Direito do Consumidor (incompatível com regimes jurídicos de fonte autoritária), que bem consolidado na Europa dos anos 70 – e antes ainda nos EUA – não chegou a se desenvolver na América Latina, à exceção do México e da Venezuela, senão uma década depois, quando se dá a mais ampla restauração do Estado de Direito em nossos países.

Embora o Código seja relativamente recente, tendo apenas 24 (vinte e quatro) anos desde a sua publicação, sabemos que o movimento de defesa do consumidor teve início há quase 35 (trinta e cinco) anos.

Reconstituir a história é uma etapa fundamental para institucionalizar a memória, avaliar os avanços e sedimentar as conquistas.

A primeira manifestação de que se tem notícia, nesta área, é o Decreto Lei nº 22.626 de 07 de abril de 1933, editado com o intuito de reprimir a usura. De lá para cá, passando pela Constituição de 1934, surgem as primeiras normas constitucionais de proteção à economia popular.

Passos importantes, no entanto, foram dados a partir de 1985. No referido ano foi promulgada a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor e a outros bens que ampara, iniciando, desta forma, a tutela jurisdicional dos interesses difusos do país, conforme artigo 1º:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

II – ao consumidor;

Ainda no ano de 1985, foi assinado o Decreto federal nº 91.469, alterado pelo de nº 94.508, de 23 de junho de 1987, criando o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, que tinha por função assessorar o Presidente da República na formulação e condução de política nacional de defesa do consumidor.

A vitória mais importante nesse campo, fruto dos reclamos da sociedade e de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, foi à inserção, na Constituição da República de 1988, de dispositivos específicos sobre o tema.

Entre os países-membros do Mercosul (Mercado Comum do Sul), o mais desenvolvido em termos de Direito do Consumidor é o Brasil, seja pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, como pela doutrina e jurisprudência consumeristas.

Nos últimos anos, desde a promulgação do Código, a consciência de cidadania do consumidor brasileiro vem aumentando, o que refletiu em mudanças no estilo de muitos fornecedores ou prestadores de serviços e, por óbvio, em demandas judiciais específicas.

Com isto, criou-se uma classe de operadores jurídicos especializados nos temas das relações de consumo e o saber específico difundiu-se, originando, ao que

parece, um movimento consumeristas, ainda não muito ordenado, com características diferentes dos movimentos americano e europeu.

Pode-se adiantar que hoje o consumidor brasileiro está legislativamente bem equipado, mas ainda necessita de mais proteção efetiva, por falta de vontade política e de recursos técnicos e materiais.

2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CDC

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor se deve a preceitos constitucional expressos, a Constituição Federal de 1988, ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabeleceu, no seu artigo 5º, XXXII, que assim reza:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

A proteção a que se refere o art. 5º da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretada em conjunto com o artigo 170, V, que cuida da ordem econômica, in verbis:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor;

Na tutela do consumidor o que a Constituição quer tutelar é a dignidade da pessoa do consumidor, e não diretamente seu patrimônio, que é tutelado reflexamente. Como pode-se observar, a defesa do consumidor é a atividade de proteção do consumidor através da divulgação de informação sobre a qualidade dos bens e serviços e através do exercício de pressão sobre as entidades públicas com o objetivo de defender os direitos dos consumidores. Esta não se baseia apenas na punição dos que praticam ilícitos e violam os direitos do consumidor, como também

na conscientização dos consumidores de seus direitos e deveres e conscientizar os fabricantes, fornecedores e prestadores de serviços sobre suas obrigações demonstrando que agindo corretamente eles respeitam o consumidor e ampliam seu mercado de consumo contribuindo para o desenvolvimento do país.

Ainda na Constituição Federal nós temos o Artigo 150, § 5º que trata das limitações do poder de tributar por parte do poder Público e no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim reza:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]
§ 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

O Artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”, prazo este que não foi respeitado, já que o Código só foi elaborado ou criado em 11 de setembro de 1990, e a Constituição Federal foi promulgada em 5 de outubro de 1988 (NUNES, 2011).

A referida conquista, teve seus pilares nos “movimentos consumistas brasileiros”, como o IV Encontro Estadual de Entidades de Defesa do Consumidor na Capital, realizado em São Paulo, apesar de frágeis estes tiveram contatos com decisivas manifestações ao ensejo da realização de encontros nacionais de entidades de defesa do consumidor. Estes encontros renderam propostas que foram incorporadas aos anteprojetos protocolados pela Assembleia Nacional Constituinte, claro que estas propostas foram estudadas e sofreram algumas modificações (NUNES, 2011).

Destaca-se nesta luta o trabalho do Ministério Público brasileiro, que reunidos em dois simpósios nacionais, no ano de 1985 e 1987, oportunidades em que foram oferecidas propostas, que criavam uma promotoria de justiça específica para a proteção e defesa do consumidor, como também pela consagração daquelas preocupações na Constituição Federal.

Vale destacar que estas normas ora instituídas são de ordem pública e interesse social, o que equivale a dizer que são inderrogáveis por vontade dos

interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial.

Sobre este tema, os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor (2000, p.25), assim dispõem:

É frequente sob o império da necessidade que o indivíduo contrata; daí cede facilmente ante a pressão das circunstâncias; premido pelas dificuldades do momento, o economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte; e transforma em tirania a liberdade, que será de um só contratante; tanto se abusou dessa liberdade durante o liberalismo econômico, que não tardou a relação, criando-se normas tendentes a limitá-las; e, assim, surgiu um sistema de leis e garantias, visando impedir a exploração do mais fraco.

O Código do Consumidor como observa-se no enunciado supra citado, surgiu para impedir que cláusulas abusivas atingissem os negócios jurídicos, ou melhor, nos contratos o consumidor não poderia ser prejudicado.

Ainda sobre o assunto, os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor (2000, p.26), comentam que:

[...]em homenagem ao bem-estar da sociedade e das relações humanas, o legislador consagra a proteção ao consumidor, já que se preocupa com os acidentes advindos do uso de produtos e serviços e, por consequência, com a qualidade destes produtos e serviços, bem como com sua proteção no mercado de consumo contra práticas abusivas e no campo da proteção contratual.

O Código do Consumidor brasileiro visa resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, o coletivo.

É por isso e por outros argumentos que a defesa do consumidor é de fundamental importância na hora de se combater as injustiças impostas nos contratos bancários.

2.2.1 O CDC Como Norma de Ordem Pública e de Interesse Social

Ao se qualificar como norma de ordem pública, o Código de Defesa do Consumidor deixa claro que sua aplicabilidade às relações de consumo independe da vontade dos agentes nela envolvidos, ou seja, a defesa do consumidor, inserido no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal é indisponível e não pode ser afastada, ainda que por vontade deste.

Sobre a matéria, têm relevo as palavras de Marques (2002, p. 60):

As normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos.

Ao definir-se como norma de interesse social, o Código de Defesa do Consumidor traz consigo o objetivo de proteger não somente o consumidor enquanto indivíduo, singularmente considerado, mas a efetiva proteção da coletividade, assim entendida como a pluralidade de sujeitos que possam intervir nas relações de consumo, enfim, praticamente toda a sociedade que, de alguma forma, esteja inserida no mercado consumerista.

Nesse particular, observamos os ensinamentos de Filomeno (2004, p. 27):

No que tange, agora especificamente, ao 'interesse social', tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo.

No mesmo sentido, enuncia Marques (2006, p. 61):

O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de *função social*, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. A entrada em vigor de uma lei de *função social* traz como consequência modificações profundas nas relações jurídicas relevantes na sociedade.

Desta forma, fica marcada a intenção de proteger não só o consumidor em caráter individual, mais sim toda a coletividade formadora das relações de consumo.

2.3 PRINCÍPIOS RELATIVOS À RELAÇÃO DE CONSUMO

Imbuído pelo espírito protecionista do Estado, o CDC estabelece princípios inerentes às relações de consumo, quais sejam: vulnerabilidade, transparência, boa-fé e equidade.

A vulnerabilidade, que por si só, está abarcada no art. 4º, I, do CDC, é o princípio formador de toda proteção consumerista. Através dele é reconhecida a condição do consumidor na qualidade do agente mais fraco na relação de consumo, tanto em relação aos meios de produção como no aspecto econômico. A situação de fraqueza do consumidor é universalmente declarada. Nas palavras Almeida (2009, p. 17):

[...] Nesse sentido já se manifestou a ONU e sob esse enfoque o tema é tratado em todos os países ocidentais. No Brasil, a Constituição Federal reconhece claramente essa situação de hipossuficiência, ao declarar que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), de um lado assumindo a postura de garantidor, e, de outro, outorgando tutela legal a quem, adrede e filosoficamente, reconhece carecedor de proteção.

Referido princípio nada mais é do que a isonomia sob a ótica do direito do consumidor, a qual busca, como já se citou anteriormente, tratamento desigual entre os que apresentem condições desiguais. Todos são iguais perante a lei, e a aplicação da isonomia nas relações de consumo vem declarar a vulnerabilidade do consumidor.

A boa-fé trata do princípio geral do direito contratual, do qual se retira a necessidade de agir corretamente, com lisura e de acordo com as regras da moral. Neste diapasão, encontra-se no CDC diversas presunções legais, visando assegurar o equilíbrio entre as partes. Sobre o assunto leciona Almeida (2009, p. 53):

O Código de Defesa do Consumidor é repleto dessas presunções, como a que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (CDC, art. 12) e a que autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor no processo civil (art. 6º, VIII). O capítulo VI, relativo à proteção contratual, é, no entanto, o campo mais propício para disposições desse jaez. Note-se, por exemplo, a nulidade absoluta das cláusulas elencadas nos incisos do art. 51, bem como a presunção de exagero em cláusulas que instituem determinadas vantagens (art. 51, §1º) e de nulidade daquelas que estabelecem a perda total das prestações pagas em benefício

do credor na compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento parcelado (art. 53).

A equidade impõe equilíbrio às relações consumeristas, mantendo-se os direitos e deveres das partes contratantes em harmonia, com a finalidade de encontrar a justiça contratual. O princípio da transparência significa dar informações claras e corretas acerca do produto ou serviço e do contrato a ser firmado.

2.4 DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Nas palavras de Beviláqua (1980, p. 57), "não há direito sem sujeito", e no direito do consumidor a regra é a mesma. Assim, as relações de consumo são composta por dois sujeitos principais, quais sejam: o consumidor e o fornecedor, previstos nos arts. 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

Cada um dos referidos sujeitos existe para e em função do outro, ou seja, não haveria motivo para a atividade produtiva, se não houvesse o destinatário da produção, ao passo que só existe consumo na medida em que os bens e serviços ofertados no mercado se tornam essenciais à existência da vida humana.

Fugindo à regra seguida pela maioria dos diplomas normativos, que evitam definir ou conceituar os sujeitos de sua aplicação, deixando que a doutrina e a jurisprudência o façam, a legislação brasileira, dispõe de forma clara e precisa sobre o conceito de consumidor, trazendo inclusive sua definição objetiva no próprio texto legal, artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor em veste. "Ar. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor estampa claramente o conceito de consumidor.

Conforme ensina Coelho (1993, p.34) duas são as tendências legislativas no tocante à concepção de consumidor:

De um lado, a objetiva, em que o conceito enfatiza a posição de elo final da cadeia de distribuição de riqueza. Nela, o aspecto ressaltado pelo conceito jurídico é o do agente econômico que destrói o valor de troca dos bens ou serviços, ao utilizá-los diretamente, sem intuito especulativo. De outro lado,

há a concepção subjetiva de consumidor, em que a ênfase do conceito jurídico recai sobre a sua qualidade de não profissional. Entre as duas formulações, pende o direito brasileiro para o conceito objetivo de consumidor, na medida em que enfatiza a posição terminal na cadeia de circulação de riqueza por ele ocupada.

Quanto à definição genérica do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, existem duas correntes doutrinárias: os finalistas e os maximalistas.

Com propriedade, a Professora Marques (2002, p. 35) ensina:

Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida ao consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõe, então, que se interprete a expressão „destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos no art. 4º e 6º.

Adverte os autores não ser fácil à tarefa de definir o consumidor no sentido jurídico. Isto porque há uma certa tendência de aceitar a concepção econômica de consumidor, que nem sempre é transferida e acolhida pelo direito, já que considerações políticas podem interferir nesse conceito, restringindo-o ou ampliando-o, o que compromete a margem da precisão que uma definição jurídica deve ter.

Para o doutrinador Almeida (1993, p. 27), define o Consumidor apenas sob o prisma econômico: “O consumidor é todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele um não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens”.

Dito isto sobre o consumidor, é necessário agora falar do fornecedor. Destarte, faz-se necessário, antes de qualquer coisa, a transcrição do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, onde se encontra a definição de fornecer:

Art. 3º - 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.

Observa-se, pois que o nosso Código preocupou-se em estabelecer um conceito bastante amplo de Fornecedor e nesse sentido são vários os comentários de juristas renomados sobre tal tema.

Filomeno (1999, p. 39), define o Fornecedor “como um dos protagonistas da relação de consumo”. Diz ainda que, “ao invés de utilizar-se de termos como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador, ou então genericamente empresário, preferiu o legislador o termo fornecedor para tal desiderato”, ou seja, e em suma, o protagonista das sobreditas relações de consumo responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor.

Assim, para os Autores do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor (1999, p.39), fornecedor “é todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessárias a seu consumo”.

Tem-se, por conseguinte, que fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços.

Assim, com a conceituação genérica de consumidor e fornecedor pode-se agora analisar o consumidor como destinatário dos serviços bancários, observando sua vulnerabilidade perante as condições abusivas a que está submetido.

3 CONTRATOS BANCÁRIOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em virtude da disparidade, via de regra, permeada nos contratos firmados, existe a necessidade se proteger a relação jurídica, buscando aperfeiçoar os meios de contratação, regidos, sempre nos princípios do ordenamento pátrio.

Em conformidade como os ensinamentos de Marques (2006, p. 210), é possível apreciar:

À procura de equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Assim, cabe ressaltar as iniciativas neste sentido, com o surgimento de institutos legais, condizentes as necessidades da parte em desvantagem.

3.1 O CDC E OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A nossa Constituição Federal, como exposto anteriormente neste trabalho, consubstancia em seu art.170, o amparo dos desfavorecidos nas avenças de cunho econômico, afiançando a existência digna dos cidadãos, com a valorização do trabalho, contudo, pautado em diversos princípios, entre os quais a proteção ao consumidor.

Diante de tal afirmação, em 11 de setembro de 1990 ocorreu à promulgação da Lei nº 8.078, denominada de Código de Defesa do Consumidor. A citada lei destinasse a proteção do consumidor, em consequência de fatores sociais, existentes a época, os quais imputavam a grande massa de consumidores uma desvantagem, em corroboração a uma desigualdade fática, bem como a existência de um instrumento jurídico ineficiente, a época.

Assim, procurou-se uma inversão da situação, um rompimento com o tradicionalismo, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, e, em consonância com a função social, intenta promover a concretização da paz social. Dotando o

consumidor de ferramentas capazes de equilibrar as contratações, criando-se um sistema protetivo, intitulado práticas, tanto comerciais, quanto contratuais, abusivas.

Segundo leciona Marques (2006, p. 263):

Trata-se, porém, de uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais Fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade.

Nos dizeres de Efig (2000, p. 27):

O direito do consumidor justifica-se na sociedade consumidora, e aí encontra sua gênese, regulando a produção e a comercialização de produtos e serviços pela ótica do consumo. Encontra-se o direito do consumidor num contexto atual, não obstante a existência de consumidores num passado em que o legislador ainda não se apercebia da distinção dessas classes das demais.

Para Luiz Nunes (2005, p. 118), “a aplicação do CDC se dá mesmo antes de qualquer consumidor em concreto compre, contrate, tenha seus direitos violados etc. Basta a potência, a possibilidade, a virtualidade de ocorrência da relação”.

Pautado no dever legalmente estabelecido, os fornecedores obrigam-se a prestar informações precisas e claras, a vedação de instituição de práticas abusivas, e principalmente, a grande evolução, a possibilidade de inversão do ônus da prova, em favorecimento do consumidor. Assim, a obrigação de fazer prova, não mais cabe a quem alega, e sim é pertinente ao fornecedor.

O Código de defesa do consumidor se perfaz por um complexo de normas, caracterizado pelas relações de consumo, onde, em um dos polos se vislumbra o consumidor, e no outro, o fornecedor ou o prestador de serviço.

Assim, verifica-se, que tal normativo legal, destina-se a regular as relações de consumo entre fornecedores de bens e serviços frente ao consumidor. Portanto, é salutar definir o que vem a ser consumidor e fornecedor.

Consumidor, segundo o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, “é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Trata-se do adquirente, o qual pode ser tanto pessoa física,

quanto pessoa jurídica, sendo que tais se utilizam dos bens ou dos serviços para o contentamento de suas necessidades.

Doutrinariamente, em virtude da generalidade da lei, existem três correntes de interpretação quanto a ser consumidor o “destinatário final”. Para a Teoria Finalista, consumidor é aquele que utiliza ou adquire produto ou serviço, exaurindo completamente a função econômica do bem, e assim retirando-o completamente, e de forma definitiva, do mercado de consumo.

Segundo Marques (2006, p. 304), para a Teoria Finalista, observa-se a seguinte definição:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, lavá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

Contudo, esta interpretação limita o que seria consumidor, pois este somente se configuraria quando adquirir um bem para uso próprio, não podendo ser profissional.

Restringindo, sobremaneira, a aplicação do instituto legal. A Teoria Maximalista conceitua o consumidor como sendo o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que não seja, necessariamente, seu destinatário econômico.

Para Efig (2000, p. 46):

Segundo esta corrente, a definição do art. 2º. Deve ser interpretado o mais extensivamente possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º. é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquirir um produto ou utiliza um serviço.

Este também é o ensinamento de Marques (2006, p. 305), segundo o qual, ocorre uma amplitude do conceito, “é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço”.

Na atualidade, em conformidade com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, surge à terceira teoria, a Teoria Finalista aprofundada, para a qual, a proteção deve ser dada a todo aquele consumidor vulnerável, mesmo em sendo um contratante profissional. É possível se observar o tema no julgamento do STJ:

Civil. Relação de Consumo. Destinatário Final.

A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido. (STJ, Recurso Especial nº. 716.877 – SP, relator Ministro Ari Pargendler, DJe 23/04/2007).

Claudia Lima Marques (2006, p. 320) exulta a existência de quatro tipos de vulnerabilidade: técnica; jurídica; fática e a informal. Para esta autora vislumbra-se que “na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos do que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado, quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade”. Este tipo de vulnerabilidade ocorre de forma presumida pelo Código de defesa do consumidor, podendo também abarcar o profissional, quando atua como destinatário final.

O STJ já se pronunciou neste sentido:

Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório.

- Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio.

- Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica.

- Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido. (STJ, Recurso Especial nº. 1080719 - MG, relatora Ministra Nancy Andriahi, DJe 17/08/2009)

A vulnerabilidade jurídica se caracteriza pelo desconhecimento específico, no campo jurídico, em sendo consumidor. Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, esta compreendida, naquela em que o consumidor fica a mercê

frente ao poderio da outra parte, sendo este consubstanciado por razões econômicas ou de monopólio. No entendimento de Silva (2002, p. 101):

[...] considera consumidor qualquer pessoa exposta às práticas comerciais que dizem respeito à oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastro de consumidores pelo CDC (art. 30 e 41), bem como a proteção contratual quanto às cláusulas abusivas e contratos de adesão (arts. 46 a 54).

Cabe aqui ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor, também protege aqueles que se equiparam como tal, ou seja, todas as pessoas que estão sujeitas as práticas comerciais. No aludido sistema legal, em seu artigo 29, verifica-se: “[...] equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às praticas nele previstas”.

Portanto, o simples fato de ficar exposto às transações comerciais, gera a possibilidade pela proteção do CDC, não necessariamente deve-se atuar como destinatário final, na acepção técnica da palavra.

Diante das definições supra mencionadas, é imprescindível caracterizar também o fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, assim define:

Fornecedor é toda a 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 prestações de serviços.

Segundo Almeida (2009, p. 45):

Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimento industrial centralizado ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos-de-venda espalhados por todo o território.

Do mesmo artigo, em seu § 2º, observa-se a inclusão das instituições financeiras e bancárias como fornecedoras de serviços, e assim, sujeitas a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. O referido artigo é de grande amplitude em seu conceito, abarcando uma série de atividades. Diante de tal conceito, se excluem as contratações exercidas por pessoas não-profissionais, ou seja, contratos

celebrados entre dois consumidores, bem como sem habitualidade. Portanto, a prática habitual de atos de comércio, enseja a comercialização, abarcada pelo CDC.

Para Almeida (2009, p. 45): o “Código de Defesa do Consumidor considera fornecedor toda a entidade, com ou sem atributo de personalidade, que presta serviços à outra entidade”.

Diante destas afirmações resta esclarecer o que vem a ser produtos e serviços para o regramento legal. A definição de produto é de longe, muito abrangente, pois abarcam todos os bens, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, colocados no mercado de consumo. E para serviços entende-se que se conforma em toda a atividade colocada à disposição no mercado de consumo.

A remuneração é um quesito necessário para a aferição, quanto a ser ou não fornecedor, contudo, não pode ser entendida como sendo um pagamento no ato da contratação somente. Devido, existirem atividades remuneradas indiretamente, aquelas que inicialmente são gratuitas, entretanto, funcionam como ensejadora de valores para um contrato futuro, restando aí, a inclusão do dispêndio anterior.

Conforme aludi Marques (2006, p. 396):

Note-se que mesmo serviços gratuitos ligados ao marketing são regulados pelo CDC, [...] estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu marketing e de seu preço total, pois são remuneradas indiretamente na manutenção do negocio principal.

Então, através da interpretação do CDC, todos podem ser fornecedores, tanto pessoa física quanto jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeiro, não necessitando nem mesmo compreender-se como um ente dotado de personalidade, devendo somente atuar de forma a colocar um produto ou serviço no mercado de consumo.

3.2 A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Mesmo existindo a previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, em submeter aos bancos e instituições financeiras ao seu rigor, muita discussão ocorreu envolvendo este tema.

Por muitas vezes decidiu-se pela aplicação do arcabouço legal, conforme se aprecia no julgado do STJ:

Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Contrato de Adesão. Relação de Consumo (art. 51, I, da Lei 8.078/90) – Foro de Eleição. Cláusula Considerada Abusiva – Inaplicabilidade da Súmula 33/STJ – Precedentes da Segunda Seção.

I - Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pela instituição.

II - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão não prevalece se "abusiva", o que se verifica quando constatado que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário. Pode o juiz, de ofício, declinar de sua competência em ação instaurada contra consumidor quando a aplicação daquela cláusula dificultar gravemente a defesa do réu em Juízo. Precedentes da Segunda Seção.

III - Incidência da Súmula 126/STJ.

IV - Recurso não conhecido.

(STJ, Recurso Especial nº. 190860 - MG, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 18/12/2000 p. 183).

Entretanto, Wald (1991, p. 15) entende diferente, pois, diferencia a aquisição de produtos e a contratação de serviços, em sendo obrigações de dar e de fazer, portanto, as operações de crédito não consubstanciam a aquisição de produtos, “por não conceber a possibilidade de ser usado o dinheiro – ou o crédito – por destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela própria natureza, à circulação”.

Em entendimento contrário, Efing (2000, p. 71), leciona que “embora o dinheiro, em si mesmo, não seja objeto de consumo, ao funcionar como elemento de troca, a moeda adquire a natureza de bem de consumo”.

Marques (2006, p. 520) compartilha do mesmo entendimento, e na questão das afirmações em contrário à aplicação do CDC, assim se posiciona:

O argumento não resiste a um exame mais detalhado e sucumbe em seu próprio formalismo conceitual, pois quem diz mais, diz menos, e, se o CDC inclui os serviços bancários, inclui todas as atividades, fazeres e operações típicas e atípicas bancárias, em abstrato.

Em decorrência do julgamento da ADIn 2.591/DF, Marques (2006, p. 395), assim afirmou:

Em momento decisivo, soube o STF decidir não apenas com ciência, mas com sabedoria, arte prática e visão profética e determinou, assim, o que o direito privado brasileiro deve ser: considerou plenamente constitucional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos e demais fornecedores de crédito.

Em comentário, Abrão (2009, p. 469):

O marco divisório pode ser estabelecido a partir da consagração do princípio da incidência da relação de consumo nas operações bancárias, consoante a Súmula 297 do STJ e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal julgando ação direta de Inconstitucionalidade.

Em 9 de setembro de 2004, ocorreu a edição da Súmula 297 do STJ, enaltecendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras. Contudo esta não foi suficiente para pacificar a discussão, e diante de tal ocorreu a atuação do STF, no julgamento da ADIn 2.591/DF, restando confirmado, conforme o resultado, a constitucionalidade da aplicação do CDC aos Bancos e instituições financeiras.

Portanto, na atualidade, mesmo em se querendo afirmar o contrário, segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência, é cabal a plena aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários.

3.3 DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

As instituições bancárias conformam na atualidade, um grande alicerce para a sociedade atualmente conhecida. Estão envolvidas com todos os momentos da vida moderna, seja no recebimento de salários, seja no pagamento de dívidas. Tais empresas apresentam relevância, devido ao fato de deterem a condição de

propiciaram a circulação de riquezas, garantindo a rentabilidade do capital aplicado, bem como possibilitar a obtenção de recursos novos. Segundo Nelson Abrão (2009) os bancos tem o caráter de recolher os valores aplicados, e distribuí-los em novas operações bancárias.

Martins (2000, p. 497) entende que os bancos são “empresas comerciais que tem por finalidade realizar a mobilização de crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital”.

Ainda, em concordância com os ensinamentos de Abrão (2009, p. 23) verifica-se:

A mobilização dos recursos, as respectivas aplicações e o redirecionamento das importâncias para uma pulverização acentuada explicam em parte a relevância social que identifica as instituições financeiras, donde subministra a preponderância do público sobre o privado, nessa multissecular relação diagnosticada entre consumidor e a atividade desenvolvida pelo banqueiro.

O entendimento de Marques (2006, p. 505), também ecoa nesse sentido, assim observe-se:

[...] os contratos bancários popularizam-se, não havendo classe social que não se dirija aos bancos para levantar capital, para recolher suas economias, para depositar seus valores ou simplesmente pagar suas contas. É o contrato de adesão por excelência, é uma das relações consumidor-fornecedor que mais se utiliza do método de contratação por adesão e “condições gerais” impostas e desconhecidas.

Em consonância com as lições de Aguiar Júnior (2003, p. 9) verifica-se o que segue:

Para a classificação do contrato bancário, são conhecidas as posições que levam em conta o elemento subjetivo (é bancário o contrato realizado por um banco, ou, mais precisamente, no caso do Brasil, pelas instituições financeiras) ou o objetivo (é bancário o contrato que realiza a finalidade específica do banco, de intermediar o crédito indireto).

Das lições de Marques (2006), entende-se, que os contratos bancários são aqueles realizados com uma instituição financeira ou um banco.

Nos termos da Lei N°. 4.595 de 1964, em seu artigo 17, encontra-se a definição de instituição financeira:

Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

No dizer de Aguiar Júnior (2003, p. 9): “logo se conclui que as diversas condutas praticadas pelos participantes das operações bancárias integram um processo obrigacional que se formaliza no contrato, sejam atos preparatórios, executivos, principais ou acessórios”.

Contratos bancários consubstanciam-se, portando, naqueles em que somente são realizados, necessariamente, tendo em um dos polos instituições financeiras ou bancos, considerando-se, também, a concessão de crédito. Entretanto nem todos os contratos realizados pelos bancos são efetivamente contratos bancários, em face do fato de que, tais instituições, também realizam contratos normais de serviço, como exemplo: contratos de conservação e limpeza.

Conforme o magistério de Aguiar Júnior (2003, p. 10):

Na verdade, é preciso reunir os dois aspectos assinalados pelas correntes antagônicas (objetivistas e subjetivistas) para concluir que o contrato bancário se distingue dos demais porque tem como sujeito um banco, em sentido amplo (banco comercial ou instituição financeira, assim como definido no artigo 7º da Lei nº 4.595, caixa econômica, cooperativa de crédito, sociedade de crédito, banco de investimento, companhia financeira, etc.), e como objeto a regulação da intermediação de crédito.

Em concordância com os ensinamentos de Covello (2001, p. 45-46), observa-se:

Na doutrina moderna, os contratos bancários podem ser concebidos sob dois critérios fundamentais: um, subjetivo e outro, objetivo. De conformidade com o primeiro critério, entende-se por contrato bancário aquele praticado por um Banco, de sorte que não se pode falar em contrato dessa natureza se ao menos um dos contratantes não for Banco ou banqueiro. [...] Em contraposição ao critério subjetivo, o critério objetivo põe de lado o sujeito-Banco e encara o contrato bancário como aquele que tem por objetivo uma atividade creditícia, ou melhor, uma atividade de intermediação do crédito.

As instituições financeiras, em suas funções, podem atuar com operações ativas e passivas, para as primeiras, ocorre à intermediação do crédito, ou seja, a entrega de crédito para os clientes, por conseguinte, estes se obrigam ao

pagamento, por exemplo, de juros. Já para as operações passivas o Banco recebe numerários e toma para si a obrigação de adimplemento.

Covello (2001, p. 38), assim classifica:

Dividem-se em passivas (as que têm por objeto a procura e provisão de fundos, sendo assim denominadas por importarem em ônus e obrigações para o Banco, que, na relação jurídica, se torna devedor) e ativas (as que visam à colocação e ao emprego desses fundos; por meio destas operações, o Banco se torna credor do cliente).

Neste sentido, também é o entendimento de Aguiar Júnior (2003, p. 12):

Nas operações ativas, a obrigação do banqueiro tem por objeto imediato da relação à intermediação do crédito (conduta), e o objeto mediato é o crédito em si, com a disponibilização de numerário (a simples disponibilidade é um bem econômico) ou a entrega da moeda. A prestação pode ter por objeto imediato um fato, isto é, a intermediação do crédito (nas obrigações de fazer, como acontece no contrato em que o banco se obriga a conceder um financiamento ou uma garantia, nos termos contratados) ou uma coisa, ou seja, o numerário transferido ao mutuário. Já o contrato bancário tem o seu objeto imediato na regulação da intermediação, e o mediato é o crédito, com a disponibilidade ou a entrega do numerário.

Nas operações passivas, como no contrato de depósito ou de aplicações em títulos bancários (CDB, RDB, etc.), há a especificidade de ser do banqueiro a conduta esperada quanto ao pagamento de juros, acessórios e restituição do capital.

As operações bancárias são definidas em fundamentais (depósito, redesconto, conta corrente, empréstimo, antecipação, desconto, abertura de crédito e crédito documentário), os bancos exercem sua negociação de crédito, e, acessórias (a custódia de valores, o serviço de cofres de segurança, cobrança de títulos e apresentações de informações) quando prestam serviços.

O elemento “crédito” como fator dos contratos bancários enseja duas características, quais sejam: a confiança e o tempo. Para o primeiro cabe salientar que engloba também o quesito “risco”. Entretanto, mesmo com este, os contratos bancários são qualificados como comutativos, pois, no momento da contratação, ambos os contratantes, possuem a ciência dos perigos do negócio, bem como das vantagens, ou seja, as prestações e contra prestações são conhecidas.

Pautando-se no artigo 1º, da Lei Complementar Nº. 105 - em consonância com a “confiança” - verifica-se que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. Assim, em decorrência de o

Banco tomar conhecimento de informações privilegiadas de seus clientes, tem o dever de manter sigilo, discrição. Contudo o dever de sigilo não é absoluto, está mitigado, informações quando interpelado.

Covello (2001, p. 57) preleciona: “O direito positivo da maioria dos povos disciplina esse dever, transformando-o em verdadeira obrigação de sigilo profissional, de sorte que as operações que os Bancos realizam assumem caráter sigiloso”.

Em suma é possível entender que os contratos bancários pertencem a um gênero dos negócios que envolvem crédito. Tendo como uma das partes o Banco ou Instituição Financeira. Sendo que, suas operações ensejam a movimentação de moeda, conotando a principal finalidade de um Banco, qual seja: o lucro através da circulação do crédito.

3.4 A REGRA DO CONTRATO DE ADESÃO

A definição de contrato de adesão funda-se como sendo o negócio jurídico, no qual, um dos integrantes da relação contratual, apenas aceita a uma série de cláusulas, elaboradas previamente e apostas pela outra parte, consubstanciando assim, uma relação jurídica. Tais cláusulas se caracterizam pela uniformidade, generalidade e abstratividade com que se apresentam em todos os contratos.

Segundo João Batista de Almeida (2009, p. 138), os contratos de adesão surgem como uma “nova modalidade contratual, a hipertrofia da vontade do fornecedor, que estipulava previamente as cláusulas e condições e praticamente as impunha ao consumidor aderente”.

Conforme os ensinamentos de Venosa (2007, p. 336) é possível apreciar o que segue:

Cada vez mais raramente, contrata-se com uma pessoa física. A pessoa jurídica, a empresa, pequena, média ou grande, os grandes e pequenos detentores do capital, enfim o próprio Estado são os que fornecem os bens e serviços para o consumidor final. Os contratos são negocio de massa. O mesmo contrato, com cláusulas idênticas, é imposto a número indeterminado de pessoas que necessitam de certos bens ou serviços.

Para Gomes (2000), o contrato se conforma em uma espécie de negócio jurídico distinto, na formação, principalmente em necessitar a participação de duas partes, perfazendo um negócio jurídico bilateral.

A bilateralidade do contrato pode ser explicada pelo momento no qual o aderente firma, efetivamente, a contratação, neste caso estaria exercendo sua vontade, qual seja, de contratar ou não, e assim fazendo surgir a relação jurídica.

Conforme o ensinamento de Venosa (2007, p. 353) verifica-se:

É o típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. [...] O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão as cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante.

Nestes casos não existem discussões ou alterações a cerca das cláusulas figurantes no contrato, somente é possível a aceitação. Segundo Gomes (2000) possui como característica principal a predefinição de seu conteúdo, cerceando a discussão prévia, a qual, normalmente, integra a formação dos contratos.

Grande parte dos contratos de consumo realiza-se por adesão, acarretando uma minoração dos custos, bem como um tratamento igualitário e racional na forma de contratar. Consequência do capitalismo exacerbado, buscando sempre o máximo de lucros. A função de tais contratos é, portanto, facilitar os negócios jurídicos, possibilitando o acesso aos bens por um maior número de indivíduos. Entretanto, inúmeras vezes, são utilizados como propagador de cláusulas abusivas, ou seja, imputam ao aderente uma desvantagem excessiva. Marques, na obra Contratos no Código de Defesa do Consumidor (2006, p.77), traz a seguinte passagem:

A contratação é mais rápida e facilitada, não se faz uma diferenciação entre os consumidores de uma 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 elaborar um novo contrato-modelo e imprimi-lo em um novo formulário.

Observa-se que existe uma distinção entre condições gerais do contrato e contrato de adesão, sendo momentos diversos na cronologia, porém inseridos no mesmo fenômeno. As condições gerais surgem com a elaboração dos pontos a serem cumpridos (salientando-se que fora elaborado por somente uma das partes),

sem mesmo existir a outra parte. Já o contrato de Adesão verifica-se quando do assentamento da vontade da outra parte, e assim incorrendo na eficácia jurídica, pois surgiu a relação jurídica bilateral.

Conforme Marques (2006, p. 68) é possível observar o que segue:

A expressão “condições gerais dos contratos” enfatiza mais a fase pré-contratual, onde são elaboradas estas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidas ao público contratante, enquanto, utilizando a expressão, a doutrina francesa destaca o momento de celebração do contrato, dando ênfase à vontade criadora do contrato, vontade esta que somente adere à vontade já manifestada do outro contratante.

O conteúdo desses contratos, quando oferecido ao público, apresenta uma determinação prévia, elaborada por apenas uma das partes, é um modelo uniforme, pronto em sua forma geral, somente faltando os dados de identificação do futuro contratante, aderente. Os contratos de adesão são o oposto dos contratos paritários, pois neste verifica-se uma igualdade entre partes, contudo, naqueles existe uma imposição aparente de vontade.

Nunes (2005, p. 581) informa que:

O contrato de adesão é típico das sociedades de massa, construídas a partir de um modo de produção. O crescimento da sociedade de consumo, com sua produção em série, estandardizada, homogeneizada, a contratação de operários em massa, especializadíssimos, o implemento da robótica, informática etc., exigiu a utilização dos contratos-formulários, impressos com cláusulas prefixadas para regular a distribuição e venda dos produtos e serviços de massa.

Na legislação, também, é de fácil verificação a definição do que sejam contratos de adesão, em conformidade com o artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

Em conformidade com o exposto verifica-se nos ensinamentos de Marques (2006, p. 71), o seguinte:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte

(fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Em decorrência destas características, limita-se o aderente a aceitar, muitas vezes sem ao menos ler as condições contratuais, sendo estas impostas pela outra parte. Portanto, como elemento principal de um contrato de adesão tem-se a falta da fase negocial, onde seriam acertados os detalhes, e apostas a vontade inicial de ambos os lados.

O conteúdo obrigacional constitui, para os contratos de adesão, o surgimento de prestações idênticas, entre as diferentes partes contratantes, independente de suas diferenças, apenas por acordarem com um mesmo modelo de contrato.

4 CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS CONTRATOS BANCÁRIOS

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se um regime estruturado, em paridade com o progresso ocorrido em vários países. Tendo por base o direito social fundado na boa-fé, a dignidade da pessoa humana, a proteção do indivíduo economicamente desfavorecido.

Diante deste ordenamento legal, observam-se inúmeras medidas protetivas. E como tais, visam à proteção do consumidor, sujeito, presumidamente, em desvantagem na relação contratual.

4.1 DEFINIÇÃO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Com a utilização dos contratos de adesão, as grandes empresas, encontraram uma forma de submeter os consumidores aos seus interesses, pois nesta modalidade de contrato não se vislumbra a negociação, preliminar, das cláusulas contratuais. Em decorrência da necessidade, ou de desconhecimento as pessoas aceitam o que lhes é imposto, ou até mesmo por não terem acesso às informações de maneira completa e correta.

Com o advento da utilização dos referidos contratos, incidiram nas relações jurídicas, inúmeros problemas, como a imposição de prestações não equânimes para as partes. Marques (2006, p. 159) ensina que, “a elaboração prévia e unilateral, pelos fornecedores, das cláusulas dos contratos, possibilita aos empresários direcionar o conteúdo de suas futuras relações contratuais com os consumidores como melhor lhes convém”.

Marques (2006, p. 161) também conceitua o que vem ser cláusulas abusivas.

A abusividade de cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização da atuação futura contrária a boa-fé,

arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abusos no exercício da posição contratual preponderante.

Para Abrão (2009, p. 497):

[...] o manuseio de disposições desfavoráveis ao consumidor ao consumidor da prestação de serviço, objetivando a mais rápida e eficiente exequibilidade do crédito inadimplido, pelo caminho nada natural do reconhecimento de documentos assinados em branco, garantias em excesso, eleição de foro, repactuação das dívidas e a progressão geométrica dos juros e consectários, numa espécie de bola-de-neve, suscitando perplexidade e a total impossibilidade do devedor responder à altura da importância exigida.

Antonio Efig (2000) ensina que o CDC atua como balizador da liberdade das partes, portanto, procura atuar equilibrando a relação contratual, e frente às cláusulas abusivas promove a compensação entre a fragilidade do consumidor e a voracidade do fornecedor.

Silva (2002, p. 163) ainda, alude que “a desigualdade entre fornecedor e consumidor levou o legislador brasileiro, com vistas a manter o equilíbrio contratual, a editar algumas normas de forte teor social, expurgando o abuso de um contratante sobre o outro”.

Pautado nos ensinamentos de Almeida (2009, p. 139), observa-se que:

O CDC surgiu exatamente para coibir os abusos e restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes. A inferioridade do consumidor foi compensada pela edição de norma protetivas, como são a enumeração dos direitos básicos, as tutelas específicas, a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas e a possibilidade jurídica da revisão do contrato em caso de onerosidade excessiva.

Cabe salientar, o que se deve preponderar em um contrato é aquela vontade oriunda de intenção no momento da assinatura do contrato, e não se pautar unicamente ao que está escrito, pois aí podem estar embutidos os vícios e abusividades. Em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor, verifica-se, que as condições apostas em um contrato devem ser claras, bem como inteligíveis, assim facilitando que o consumidor compreenda o que está contratando.

Verifica-se em conformidade com Marques (2006, p. 498), quando preleciona sobre os contratos bancários que:

Reputam-se abusivas ou onerosas as cláusulas que impedem uma discussão mais detalhada do seu conteúdo, reforçando seu caráter unilateral, apresentando desvantagem de uma parte, e total privilegiamento d'outra, sendo certo que a reanálise é imprescindível na revisão desta anormalidade, sedimentando uma operação bancária pautada pela justiça de sua função e o bem social que deve, ainda que de maneira indireta, trilhar o empresário do setor.

As cláusulas abusivas, em consonância com o exposto, conformam-se nas condições contratuais que tornam o contrato, demasiadamente oneroso, para apenas uma das partes, o aderente. Acarretam um desequilíbrio entre as obrigações pactuadas pelas partes.

4.2 A NULIDADE DA CLÁUSULA ABUSIVA

É vedada, pelo Código de Defesa do Consumidor, a incidência de cláusulas abusivas nos contratos. Assim, como defensor da ordem pública, constitui um dever do Poder Público intervir, para o fim de garantir o equilíbrio entre as partes contratantes, a justiça contratual.

A jurisprudência já enfrentou o tema em questões semelhantes, e por vezes se pronunciou conforme exemplificado no julgado colacionado abaixo:

Apelação Civil – Ação Civil Pública – Interesses ou Direitos Coletivos – Contratos Bancários – Revisão de Cláusulas – Nulidade – Preliminares – Legitimidade – Aplicabilidade do CDC aos Contratos Bancários – Cláusulas Abusivas – Nulidade.

O Ministério Público encontra-se legitimado constitucionalmente à propositura de ação civil pública visando à declaração de nulidade de cláusulas contratuais existentes em contratos bancários de adesão (direitos coletivos), bem como a sua exclusão dos contratos futuros (direitos difusos). O fato de o objeto do pedido poder surtir reflexos nos direitos individuais homogêneos não traduz a sua ilegitimidade, porquanto, mesmo que deles fosse tratado por presente interesse social compatível com as finalidades da instituição, não haveria falar em carência de ação. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos entre os clientes (consumidores) e as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional em face do que dispõe o seu artigo 3º, § 2º. São abusivas e merecem nulificadas as cláusulas contratuais que autorizem a instituição financeira a modificar unilateralmente o conteúdo dos contratos após a sua celebração, assim como aquelas que permitam impossibilitar a não-liquidação antecipada do débito. Sendo oportunizado o prévio conhecimento das cláusulas gerais da contratação, satisfeito está o requisito legal, com o que, do fato de elas não constarem do instrumento de contratação que apenas traz remissão ao local em que podem ser obtidas não traduz abusividade à luz do Código de

Defesa do Consumidor.À unanimidade, rejeitaram as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse em agir e, no mérito, deram parcial provimento ao apelo. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 596149740, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Roque Miguel Fank, Julgado em 12/09/2005, DJ 26/09/2005).

Para Efiging (2000, p. 91):

[...] o consumidor pode aceitar conscientemente a cláusula abusiva, mas, se representa vantagem excessiva para o fornecedor, é contrária a ordem pública, restando nula de pleno direito tal cláusula, visto que em conformidade com o sistema de proteção ao consumidor, referida cláusula ou condição contratual fora instituída contrariamente à lei.

Destarte, todas as ações dos fornecedores em se fazerem prevalecer, na relação contratual, frente aos consumidores, são combatidas pelo ordenamento legal. O princípio da boa-fé deve permear todas as formas de contratação, e assim, os contratos devem ser estipulados de forma equilibrada, caso contrário dever-se-ão submeterem-se a força da lei.

Nos dizeres de Marques (2006, p. 897):

A proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem a posteriori, quando o contrato já está formalmente perfeito, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumento do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da “vontade”, das expectativas legítimas do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática.

Observa-se então, uma maneira de regradar, a qual, não consubstancia o cerceamento do contrato de adesão, ou seja, procura-se eliminar as cláusulas abusivas, sem, no entanto, estirpar o contrato de adesão, pois, quando permeado do princípio da boa-fé, é válido. O que se busca evitar são as cláusulas abusivas, cominando estas de nulidade.

Nunes (2005, p. 622) elucida que:

Como a cláusula abusiva é nula, tem de ser destituída de validade e efeito já antes do pronunciamento judicial. Não há por que aguardar que se busque a declaração de algo que de fato já é. Por isso que o efeito da decisão judicial é *ex tunc*, uma vez que nela se reconheça a nulidade existente desde o fechamento do negócio.

Neste sentido, Almeida (2009, p. 148), ensina com relação às cláusulas abusivas:

O código sancionou-as de nulidade absoluta, com as decorrentes consequências jurídicas, tais cláusulas nunca terão eficácia; não convalidam pela passagem do tempo, nem pelo fato de serem alegadas pelo interessado; não são supríveis e não produzem efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage à data da contratação.

Em decorrência da determinação legal, em adotar a nulidade absoluta, em face de um vício, depreende-se a constatação de ser preterível a produção de provas, quanto à questão alegada. Assim, em se enquadrando o conteúdo do contrato com a previsão legal, verifica-se a necessidade da decretação da nulidade, pelo judiciário. Portanto, se pretende abarcar os efeitos do ato, inibindo-os deste o instante inaugural da relação jurídica, afirmando sua total ineficácia.

Portanto, alude-se que nos contratos, principalmente de adesão, pairam normalmente as cláusulas intituladas abusivas. Destarte, nem todos os contratos de adesão são permeados de cláusulas abusivas, contudo, quando da verificação destas, funda-se necessário uma análise em conformidade com a proteção consumerista, e assim, nulificá-las, entretanto, procurando a conservação do contrato.

4.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS IDENTIFICAVEIS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Nos contratos bancários são passíveis de aferição, com frequência, diversas cláusulas contendo abusividade, impondo ao consumidor um ônus excessivo. Assim, conotando um desequilíbrio contratual.

Para Abrão (2009, p. 497):

A abusividade de cláusulas e os reflexos da onerosidade contratual, sem sombra de dúvida refletem nas operações bancárias, de modo a causar desequilíbrio na relação entre as partes, fazendo com que a instituição financeira se sobreponha ao predicado da legalidade estrita, na obediência ao comando, resvalando na isonomia do padrão que se coaduna com a estipulação entabulada entre os interessados.

Neste tópico e subtópicos serão apresentadas as principais cláusulas abusivas apreciáveis nos contratos bancários, contudo, estas não consubstanciam um rol taxativo, e sim, meramente exemplificativo.

Com vistas a efetivar de forma célere o adimplemento da obrigação contratual, as instituições financeiras, utilizam-se de artifícios não convencionais, para impor sua vontade sobre o consumidor.

4.3.1 Exclusão da Responsabilidade do Fornecedor

Consubstanciado no avanço tecnológico, os bancos, cada vez mais, usam de meios para melhorar e facilitar sua interface com o cliente, como exemplo, utilizam-se de caixas eletrônicos e operações via *Internet*. Contudo, o emprego de melhorias ou vantagens, tanto para os consumidores, quanto para o banco, não pode ser ensejadora de uma ação tendente a minorar a responsabilidade da instituição financeira, pois cabe a esta, garantir e cumprir com os princípios básicos do contrato, agindo com boa-fé e primando pelo equilíbrio contratual.

Almeida (2009, p. 149) ao ensinar sobre a questão limitadora de indenizar tece o seguinte comentário: “na área contratual é sancionada, com nulidade absoluta, clausula desse teor, bem como a que implique renúncia ou disposição de direitos”.

Este também é o entendimento de Silva (2002, p. 180):

As cláusulas limitativas de responsabilidade que transfiram ao consumidor a responsabilidade pelo uso de seus cheques, assinaturas eletrônicas, cartão de crédito e senhas pessoais desequilibram o contrato, ao impedir uma composição equitativa dos interesses privados que o contrato regula. Afronta, por excelência, tanto o inciso I como o IV do art. 51 do CDC.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao enfrentar o tema também se pronunciou como segue:

BANCOS - Responsabilidade objetiva - Relação de consumo – Caráter público dos serviços prestados - Locação de cofre (contrato de caixa de segurança) - Roubo ocorrido na agência - Responsabilidade da instituição bancária pelo cofre, mesmo que desconhecidos os objetos guardados -

Invalidade de cláusula de exclusão de responsabilidade (artigo 51, inciso I, da Lei 8.078/90) - Possibilidade de inversão do ônus da prova – Não comprovação pela instituição bancária de que os objetos inexistiam - Ademais, bens descritos compatíveis com o perfil sócio-econômico da consumidora - Dano material caracterizado Numerários em moedas estrangeiras convertidos na data do roubo - Dano moral configurado pelos transtornos incomuns e anormais decorrentes da frustração da justa expectativa de proteção do patrimônio e da injusta recusa no ressarcimento - sentença reformada - Apelação parcialmente provida. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 7122010800, 13ª Câmara de Direito Privado, Relator: Luiz Eduardo Scarabelli, Julgado em 12/09/2008, DJ 30/09/2008).

Conforme elucida Marques (2006, p.924) o inciso I, artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, “serve também de alerta para o fornecedor, no sentido de que, quando o contrato é de consumo, não deve prever cláusulas que estabeleçam renúncia ou disposição de direitos do consumidor”.

Ainda, em conformidade com os ensinamentos Silva (2002), é pertinente salientar, que a instituição bancária, por deter o conhecimento relacionado à atividade financeira pregressa de seu cliente, tem condições de observar e concluir, quando se tratar de uma fraude financeira. Portanto, imputando uma obrigação demasiadamente excessiva, quando transfere tal responsabilidade para o consumidor, pois este não possui meios hábeis para comprovar a natureza de uma ilegalidade.

Assim, a imposição da inversão da responsabilidade, pois nos contratos de consumo esta é prerrogativa do fornecedor, consubstanciando assim, uma nulidade contratual, a qual, também permeia os contratos bancários.

4.3.2 Cláusulas de Mandato

A cláusula mandato prevê a outorga de poderes ao banco, para que este em nome do consumidor, contrate com terceiros ou, unilateralmente, altere as condições do contrato corrente.

O Banco ao exigir do cliente, a assinatura de uma cédula cambial em branco, também está instituindo uma modalidade de cláusula mandato, pois, estaria possibilitando a cobrança de dívidas atrasadas, violando o princípio da boa-fé,

assim, conotando uma afronta às regras elencadas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Marques (2006, p. 1037):

[...] cláusulas mandato, as quais, através de estipulação elaborada e imposta por uma das partes, colocam o credor do débito na posição legal de mandatário do devedor, com pleno e irrevogáveis poderes para fechar terceiros negócios (geralmente sacar títulos abstratos) ou para modificar unilateralmente as bases do negócio em curso (por exemplo, impor e assinar sozinho a re-ratificação da mesma promessa, combinada com confissão de dívida).

A cláusula mandato, normalmente, é avençada com o intuito de salvaguardar apenas aos interesses do mandatário.

O Superior Tribunal de Justiça também entende pela nulidade da cláusula mandato, conforme julgado abaixo:

Direito civil. Contratos bancários. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Indenização por dano moral. Letra de câmbio. Protesto indevido. Prequestionamento. Consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência do STJ.

- Inviável o recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento.
- Inadmissível o recurso especial se o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ.
- É nula a cláusula-mandato inserida em contrato de adesão em que o devedor autoriza o credor a sacar letras de câmbio representativas de qualquer das suas obrigações. Precedentes.
- O protesto indevido de letra de câmbio configura ato ilícito a ensejar indenização por dano moral. Precedentes. Agravo no agravo de instrumento não provido. (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 852032, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, Julgado em 20/09/2007, DJ 08/10/2007).

Para Efig (2000, p. 177):

Além de abusiva, a cláusula mandato, inserida no contrato de adesão, porque possibilita ao credor a adoção de medidas como o protesto e a cobrança da cambial, cumulativamente a outras medidas, com base no contrato do qual teria originado, deixa o consumidor à mercê do credor que, na maioria das vezes, preenche abusivamente a cambial, não guardando exata observância com as condições legalmente ajustadas.

O mesmo autor também assevera que, “em se tratando de cambial emitida baseada em cláusula mandato, deverá o juiz, *ex officio*, pronunciar a nulidade da cláusula e, via de consequência, a nulidade da cambial emitida”. (2000, p. 177)

Abrão (2009, p. 503) é enfático ao frisar a impossibilidade de se admitir a cláusula mandato, se não vejamos:

Inadmissível que o cliente ao realizar determinada operação bancária se submeta à regra delineada de assinar título em branco, a ser posteriormente preenchido pelo credor, ou entidade pertencente ao grupo econômico, contrariando a regra da validade e eficácia dos títulos de crédito, impondo maior proteção ao patamar do equilíbrio a ser preservado, até porque, quando da inserção dos valores, naturalmente somas excessivas poderiam ser acrescidas, deixando o usuário-devedor numa difícil perspectiva, dê que nada poderia fazer diante do título executivo extrajudicial.

Destarte, em virtude de uma utilização deturpada da cláusula mandato, imposta unilateralmente, visando à satisfação dos interesses do banco, observa-se uma afronta ao princípio da boa-fé. Assim, impõe-se, de maneira expressa, uma vantagem, em contraprestação, para o banco, tornando o contrato não equânime, caracterizando de tal feita a abusividade.

4.3.3 Eleição de Foro

Pautado na determinação legal de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, como o acesso aos órgãos judiciários, à cláusula de eleição de foro, deverá ser interpretada de maneira a beneficiar o contratante vulnerável (art. 47 CDC). A determinação de foro diferente daquele do domicílio do consumidor impõe obstáculo a este, pois dificulta a perquirição de um direito, ou para propor ou para contestar ação, sendo que, normalmente, tais locais são distantes, acarretando um ônus para a parte aderente, assim desequilibrando as obrigações.

Não diferente é o entendimento de Efig (2000, p. 179):

Assim sendo, a cláusula de eleição de foro constante de contrato de adesão, que imponha a discussão das condições contratuais em comarca que não seja a do consumidor, resultando de uma forma ou de outra obstáculo ao aderente para a efetiva facilitação da defesa dos seus direitos, bem como represente dificuldade ao consumidor para obter a proteção do Judiciário, deverá ser tida como abusiva e nula de pleno direito.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, também é nula a cláusula de eleição de foro:

Recurso Especial – Cláusula de Eleição de Foro, inserido em contrato de adesão, subjacente à relação de consumo – Competência Absoluta do foro do domicílio do consumidor, na hipótese de abusividade da cláusula – Precedentes – ferição, no caso concreto, que o foro eleito encerre especial dificuldade ao acesso ao poder judiciário da parte hipossuficiente – necessidade – Recurso Especial parcialmente provido.

I - O legislador pátrio conferiu ao magistrado o poder-dever de anular, de ofício, a cláusula contratual de eleição de foro, inserida em contrato de adesão, quando esta revelar-se abusiva, vale dizer, dificulte a parte aderente em empreender sua defesa em juízo, seja a relação jurídica subjacente de consumo, ou não;

II - Levando-se em conta o caráter impositivo das leis de ordem pública, preponderante, inclusive, no âmbito das relações privadas, tem-se que, na hipótese de relação jurídica regida pela Lei consumerista, o magistrado, ao se deparar com a abusividade da cláusula contratual de eleição de foro, esta subentendida como aquela que efetivamente inviabilize ou dificulte a defesa judicial da parte hipossuficiente, deve necessariamente declará-la nula, por se tratar, nessa hipótese, de competência absoluta do Juízo em que reside o consumidor;

III - "A contrário sensu", não restando patente a abusividade da cláusula contratual que prevê o foro para as futuras e eventuais demandas entre as partes, é certo que a competência territorial (no caso, do foro do domicílio do consumidor) poderá, sim, ser derogada pela vontade das partes, ainda que expressada em contrato de adesão (ut artigo 114, do CPC). Hipótese, em que a competência territorial assumirá, inequivocamente, a natureza relativa (regra, aliás, deste critério de competência);

IV - Tem-se, assim, que os artigos 112, parágrafo único, e 114 do CPC, na verdade, encerram critério de competência de natureza híbrida (ora absoluta, quando detectada a abusividade da cláusula de eleição de foro, ora relativa, quando ausente a abusividade e, portanto, derogável pela vontade das partes);

V - O fato isoladamente considerado de que a relação entabulada entre as partes é de consumo não conduz à imediata conclusão de que a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é abusiva, sendo necessário para tanto, nos termos propostos, perscrutar, no caso concreto, se o foro eleito pelas partes inviabiliza ou mesmo dificulta, de alguma forma, o acesso ao Poder Judiciário;

VI- Recurso Especial parcialmente provido.

(Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1089993, Terceira Turma, Relator: Ministro Massami Uyeda, Julgado em 18/02/2010, DJ 08/03/2010).

Marques (2006) ensina que subsiste a abusividade, quando se aponta a eleição de foro nos contratos de consumo, pois, como tal, impõe ao consumidor um ônus, que do contrário não seria obrigado a suportar. Assim, dificultando ou até mesmo inviabilizando o acesso a justiça, conotando, sobremaneira, uma afronta aos direitos fundamentais.

Almeida (2009, p. 150) alude que “as cláusulas devem ser equilibradas, compatíveis com a boa-fé e a equidade e permitir a modificabilidade das que se mostrem excessivamente onerosas ou insuportáveis para o consumidor”.

Antonio Carlos Efig (2000, p. 180) é claro em seus ensinamentos, e credita de nulidade a cláusula de eleição de foro, quando esta apresenta um ônus ao consumidor:

No que diz respeito aos contratos bancários, a cláusula de eleição de foro deverá ser desconsiderada, sempre que colocar o consumidor em situação desvantajosa perante o fornecedor, ainda mais que, normalmente, nas localidades onde os bancos possuem agência ou postos de atendimento, contam com advogados para a defesa dos seus interesses. Desta forma inexistiria qualquer prejuízo para a instituição financeira demandar no foro de domicílio ou sede do consumidor.

Não pode o cliente bancário, em especial, face há uma imposição do banco, encontrar-se tolhido em seu direito, o qual garante a possibilidade de ter suas questões analisadas e revistas pelo judiciário.

Assim, em se verificando uma onerosidade excessiva ao consumidor, caracterizando uma tentativa de cerceamento de acesso à justiça, consubstanciada em cláusula de eleição de foro, esta deve ser nulificada, preservando, desta forma, o equilíbrio contratual.

4.3.4 Cobrança de Multas e Encargos

Pautado no artigo 54, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que os contratos devem ser redigidos de forma clara e inteligível. Assim a prestação de informações objetivas e elucidativas é um dever da instituição financeira, propiciando desta forma a compreensão de todas as condições do contrato pelo cliente.

Nos dizeres de Carlos Efig (2000, p.184), “no caso de contratos bancários, comumente ajustados através de contrato de adesão, é de relevância ainda maior que o fornecedor se certifique de que o consumidor tenha pleno conhecimento do conteúdo do contrato”.

Rizzardo (1994, p. 11), quando afirma que a cobrança de encargos não pode ocorrer de maneira indiscriminada, ensina que:

No momento da liquidação das obrigações, vê-se o prestatário do empréstimo às voltas com inúmeros itens e encargos, exigíveis sob os mais diversos rótulos, que duplicam ou triplicam a obrigação principal assumida, como juros capitalizados, comissão de permanência, verba honorária, multa contratual, imposto, taxa de administração ou expediente, correção monetária, tudo cumulado, traduzindo uma carga de compromissos que leva à inadimplência necessariamente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme exemplificado, também proíbe a inserção de cláusula de cobrança de multa e encargos:

Comercial e processual civil – Nota de crédito comercial – Juros remuneratórios – Limitação em 12% - CDC – Aplicabilidade - Decreto-lei nº413/69, art. 5º.

I - Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, § 2º da Lei n. 8078/90, estão submetidos às disposições do Código e Defesa do Consumidor.

II – A nota de crédito comercial, no tocante à limitação dos juros, tem a mesma disciplina da cédula de crédito rural (art. 5º da Lei nº 6.840, de 03.11.80 c/c o art. 5º do Dec. Lei nº 413, de 09.01.69).

III - À míngua de fixação pelo CMN, incide a limitação de 12% ao ano prevista no Dec. nº 22.626/33 (Lei de Usura), afastada a cobrança de comissão de permanência.

IV - Se os encargos cobrados pela instituição financeira são abusivos, ao ponto de inviabilizar o pagamento do montante devido e a quitação da dívida, com encargos adicionais calculados pelo método hamburguês e exigência de comissão de permanência em contratos regidos pelo Decreto-lei n. 413/69, é indevida a cobrança de multa moratória.

(STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 253.953 – RS, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrichi , DJ 19/11/2001)

Efing (2000, p. 185) elucida que:

O limite máximo autorizado por lei, a ser fixado como multa – cláusula penal moratória – não poderá exceder a 2% calculado sobre o valor da prestação, e não do débito, como era aplicado em alguns casos. Esclarece-se que o referido dispositivo legal não veda a cobrança de multa decorrente de cláusula penal compensatória; todavia os encargos incidentes sobre as operações bancárias devem, [...] ser conhecidos pelo consumidor para que o mesmo possa prevê-los, sob pena de ser alegado que tal condição não o obriga”.

Cabe salientar, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 30), não é possível a cobrança cumulativa de correção monetária e

comissão de permanência. Portanto, a instituição financeira deverá optar por uma, ou outra ao redigir seus contratos.

Assim, a verificação de cláusula que não seja clara e precisa, conotando uma dubiedade, ou seja, esteja escrita em desacordo com a prescrição legal, poderá ser nula de pleno direito, caso acarrete um desequilíbrio contratual, imputando desta forma, um ônus ao consumidor.

4.3.5 Alteração de Cobranças de Taxas

A alteração da cobrança de taxas, de forma unilateral, pelo banco, pode ocorrer quanto àquelas que foram contratadas, ou em face das que normalmente são cobradas em virtude de serviços prestados pela instituição bancária. Estas cláusulas, quando previstas nos contratos, possibilitam ao banco alterar de maneira indistinta as condições pactuadas.

Segundo Efig (2000, p. 181):

As condições contratuais que reservam aos bancos (fornecedores) a opção pela adoção de outro índice ou a aplicação de novas taxas “segundo as regras vigentes de mercado”, sem consulta prévia e anuência do consumidor, são, em princípio, nulas de pleno direito (segundo dispõe o caput do art. 51 do CDC), porque colocam o consumidor na incerteza do valor final contratado, isto é, repercutem no preço final do crédito concedido.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já enfrentou o tema, e decidiu em concordância com este entendimento:

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO.

Não esta a instituição bancária sujeita à Lei de Usura, tampouco é autoaplicável a regra do art. 192, § 3º, da CF. Todavia, a liberdade de pactuação não é absoluta, cabendo a intervenção judicial para limitar os juros quando flagrado o abuso. A equidade impõe a revisão para equilibrar a relação das partes, com base nos princípios do art. 4, da LICC. Nulidade da cláusula que prevê alteração unilateral do percentual dos juros, art. 115 do C, e art. 51, IV, do CDC. Limitação da revisão ao período posterior à vigência do Plano Real. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. Possível é a anual, eis que o contrato de abertura de crédito não se encontra ao abrigo de qualquer das exceções contempladas na Súmula 93, do STJ. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 598159978, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 15/12/1998).

Em conformidade com a lição de Rodrigo Alves da Silva (2002), os bancos, em determinados momentos, imbuídos do intuito de manter seus lucros, de forma indistinta e unilateral, procedem à majoração dos valores cobrados por seus serviços, como: emissão de talonário de cheque, extratos e débito automático. Atuando sorrateiramente, sem comunicação aos seus clientes, exigindo o pagamento do preço reajustado.

Efing (2000, p. 182) ensina que:

Em momentos de inflação com índices baixos, é comum que os bancos procurem sustentar seus lucros com a cobrança de diversas taxas que, em período de inflação alta, não são cobrados. Isto pode ser notado, por exemplo, na obtenção de extratos em terminais de computador instalado nas agências e postos de atendimento. Também os débitos efetuados em conta corrente (tais como água, energia elétrica, telefone, etc.), de forma gratuita, passam a ser cobrados pelo banco fornecedor.

Em consonância com o artigo 51, XI, do Código de Defesa do Consumidor, que preleciona como sendo nulas as cláusulas que “permitem ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral”, assim também são nulas as cláusulas que imputarem dúvida quanto ao valor final do contrato. Tal questão incide na impossibilidade de se estabelecer o preço final do crédito concedido, atribuindo incertezas ao cliente, quanto ao valor que irá pagar.

Neste contexto, o reajuste das tarifas bancárias somente é permitido quando ocorrer à comunicação prévia do consumidor, bem como, sua anuência.

4.3.6 Garantias Reais e Pessoais

Pautado no risco inerente aos contratos bancários, os quais envolvem operações de crédito, é comum se observar condições para a garantia deste valor.

Segundo alude Covello (p.315, 2001):

Na luta contra o risco o banco toma todas as precauções necessárias no sentido de garantir o cumprimento da obrigação assumida pelo cliente. Antes de aprovar um contrato de crédito, o banqueiro leva em conta não só a situação do cliente, como também a natureza da operação solicitada e as

condições atuais da economia. Destarte, a apreciação do risco determina a exigência de garantias que se tornaram praxe na contratação bancária.

Corriqueiramente verifica-se a garantia do crédito, através do aval, fiança, penhor e hipoteca entre outras formas, configurando assim uma rotina contratual. As garantias encontram-se divididas em: gerais e especiais, as primeiras relacionam-se com a pessoa do financiado, verificam-se pelo exame da ficha cadastral, obtido junto aos bancos de dados. Já, as últimas, estão ligadas a pessoas alheias ao negócio jurídico, são as chamadas garantias fiduciárias ou pessoais e garantias reais.

As garantias fiduciárias são: Fiança: Um terceiro, de forma subsidiária, obriga-se na relação contratual; Aval: Ocorre a interveniência de forma escrita, na relação, por meio de uma cambial.

As garantias reais compreendem: o penhor; hipoteca; caução de títulos; warrant; e alienação fiduciária.

A instituição financeira deverá respeitar as garantias, tal qual como informada ao consumidor, pois, do contrário estará atuando de forma abusiva, e portanto, será passível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Ao banco é vedado solicitar documentos com a alegação de necessários para preenchimento de ficha cadastral, a fim de se contratar um financiamento, e de maneira diversa utilizar estes para a constituição de garantias. Esta prática é considerada abusiva e carece da devida proteção. Esta prática, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, acarreta uma onerosidade ao consumidor, que terá seus documentos utilizados para um fim diverso do informado.

Efing (p. 189, 2000) preleciona que:

Indubitavelmente, faz parte da manutenção do equilíbrio entre as partes contratantes que o consumidor tenha pleno conhecimento da extensão de suas obrigações, razão pela qual a constituição de garantias sem a sua anuência afigura-se exageradamente vantajosa ao fornecedor, o que é vedado pelo CDC.

A jurisprudência quando enfrentou o tema, também entendeu pela abusividade da garantia, quando concedida mediante nota promissória em branco, conforme observado caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

CONTRATO BANCÁRIO - AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR -

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – JUROS REMUNERATÓRIOS - ANATOCISMO - REPETIÇÃO EM DOBRO - CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO - EMISSÃO DE NOTAS PROMISSÓRIAS COMO GARANTIA DO CONTRATO.

- A atividade desempenhada pela instituição financeira insere-se no conceito amplo de serviço, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato bancário.

- A inversão do ônus probatório subordina-se à impossibilidade ou à dificuldade de produzir a prova da parte do consumidor, condicionando-se à verossimilhança das suas alegações ou a sua hipossuficiência.

- É vedada a capitalização mensal de juros.

- O consumidor tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, salvo na hipótese de engano justificável.

- É indevida a inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes quando a dívida é discutida em juízo.

- É abusiva a cláusula mandato que prevê a emissão de notas promissórias em branco, como garantia de contrato bancário. (Apelação Civil N° N° 2.0000.00.498500-2, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Fabio Maia Viani, Julgado em 08/02/2007).

As instituições financeiras quando atuam divergentemente do informado ao consumidor, no momento de constituição de garantias, referentes a contratos bancários, estão afrontando o sistema de proteção ao consumidor, pois agem contrariamente ao princípio da boa-fé. Verifica-se uma aversão não apenas a vantagem excessiva concretizada, mas também a sua mera exigência, portanto, a proteção incide mesmo para os atos preparatórios do contrato.

5 CONCLUSÃO

Aventurando-se nesta pesquisa, pôde-se detectar que o Direito do Consumidor teve suas primeiras regras codificadas no antigo Código de Hammurabi, se desenvolvendo ao longo da história e teve sua origem como direito, com o surgimento das sociedades capitalistas. Observou-se também, os principais princípios norteadores das relações de consumo, constatando a importância de sua aplicação para o Direito do Consumidor.

Com o intuito de analisar as questões postas sobre a Abusividade nos Contratos Bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor, a atividade de investigação científica posta, começa com uma abordagem histórico-evolutiva do Direito do Consumidor, direcionada ao seu surgimento, no direito alienígena e no pátrio, e sua fundamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro, além da conceituação dos sujeitos da relação consumerista conforme a legislação pátria.

O segundo capítulo dedicou-se a relação existente entre os contratos bancários e o código de defesa do consumidor, abordando os elementos da relação de consumo, com destaque ao consumidor bancário e a incidência do CDC nos contratos bancários, versou-se ainda sobre as regras do contrato de adesão e sua relação com o consumidor bancário.

Ao final, tratou-se das cláusulas abusivas e seu combate efetivo perante o Código de Defesa do Consumidor, com destaque as cláusulas mais comuns identificáveis nos contratos bancários, onde se delineou linhas sobre as quais a nulidades devem ser combatidas sem prejudicar todo o negócio jurídico, e por fim apresentou-se destaques sobre algumas cláusulas abusivas presentes nos contratos bancários.

Desta forma, os objetivos propostos foram alcançados, haja vista que reproduzidos no conteúdo dos referidos capítulo, mediante a utilização dos métodos de pesquisa bibliográfica e ao exegético-jurídico.

Alcançados também os resultados propostos, quais sejam: confirma-se que a presença de cláusulas abusivas nos contratos bancários devem ter toda a atenção do Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicado da melhor forma possível aos contratos bancários, conforme preceitua a doutrina dominante e a jurisprudência.

Desta forma, na elaboração das cláusulas contratuais, deverá sempre prevalecer à boa-fé. E, as condições contrárias a tal princípio, serão taxadas de abusivas, impregnando de nulidade tais cláusulas, contudo, procurando manter o contrato.

Pautadas na necessidade de desenvolverem suas atividades as empresas e as pessoas físicas, obrigatoriamente, utilizam-se dos serviços bancários. Assim, entende-se que na sociedade massificada a relação entre a sociedade e o sistema bancário é imprescindível. De tal feita, esta relação deverá fundar-se nos princípios e ditames legais.

Assim, tanto o cliente bancário quanto o judiciário não podem ficar inerte diante da verificação de cláusulas abusivas. Não podem se aquietar, por exemplo, diante das condições contratuais que estabeleçam o perdimento dos valores já pagos, em caso de uma rescisão do contrato.

Não é possível, também, estabelecer condições que transfiram a responsabilidade contratual para terceiros, ou mesmo isentem a instituição bancária de todos os ônus referentes a tal responsabilidade. Bem como, não é permissível que o ônus da prova seja imputado ao consumidor, pois, conforme disposição legal cabe ao fornecedor, ou seja, ao banco, a incumbência da produção da prova, pois a comprovação da veracidade das informações cabe aquele que as patrocina.

Destarte, devem ser consideradas nulas as cláusulas que estabeleçam condições contrárias ao regramento legal ou ao princípio da boa-fé. Fica evidente que as condições abusivas elencadas pelo Código, não são taxativas, servem como norteadoras da postura a ser seguida no momento da elaboração do contrato.

Revela-se que a proteção, oriunda do Código de Defesa do Consumidor, altera sensivelmente as relações contratuais. A proibição das cláusulas abusivas, através da culminação de nulidade, vem estabelecer uma maior segurança para o cliente bancário, que, assim, tem sua contratação balizada em condições isonômicas.

Os bancos devem atuar com respeito aos seus clientes, a utilização do contrato de adesão para a obtenção de agilidade é permitido, o que deve ser erradicado é o subterfúgio da utilização das cláusulas abusivas. Os bancos devem proceder a uma verificação de suas condições contratuais, balizando-as conforme os ditames de proteção ao consumidor.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. rev. e atual. por Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 de mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm >. Acesso em: 04 de mar. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

COVELLO, Sergio Carlos. **Contratos Bancários**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3438>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

EFING, Antonio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: RT, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini . **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MARIOTO, Deovane. Cláusulas **Abusivas nos Contratos Bancários**. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/CLAUSULAS-ABUSIVAS-NOS-CONTRATOS-BANCARIOS.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2014.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. Saraiva, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do Consumidor** . 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVIRA, Alexsandro Gomes. **O Código de Defesa do Consumidor e os contratos bancários**. Disponível em: <<http://www.mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/020209030547.pdf>> Acesso em: 20 de fev. 2014.

SENE, Leone Trida. **A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações entre clientes e instituições bancárias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2996>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SILVA, Rodrigo Alvas da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos Bancários de Adesão**. Campinas: Minelli, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **teoria das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnold. **O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 28, n. 11, jul.- set./1991.