

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**CONTEMPORANEIDADE CONTRATUAL E  
LEGITIMIDADE DOS CONTRATOS  
BANCÁRIOS**

Jane Aparecida Stefanés Domingues

*Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do  
título de mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito.*

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Volnei Ivo Carlin

Florianópolis, julho de 1994

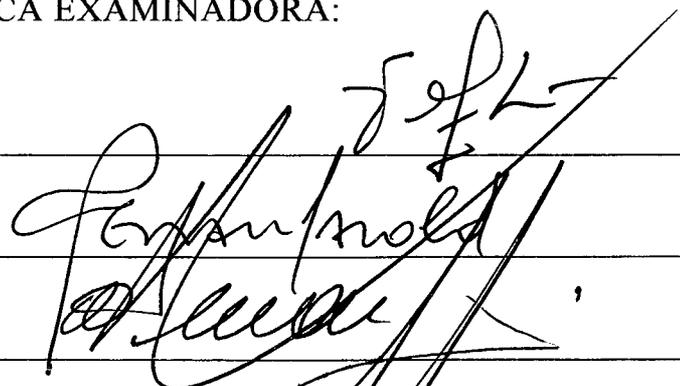
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação *CONTEMPORANEIDADE CONTRATUAL E LEGITIMIDADE DOS CONTRATOS BANCÁRIOS*.

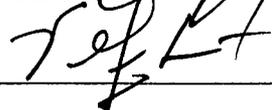
Elaborada por JANE APARECIDA STEFANES DOMINGUES e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, julho de 1994

BANCA EXAMINADORA:

Handwritten signatures of the exam board members on a set of three horizontal lines.

Professor Orientador:

Handwritten signature of the advisor on a set of two horizontal lines.

Coordenador do Curso:

Handwritten signature of the course coordinator on a set of two horizontal lines.

## *AGRADECIMENTO*

Meu reconhecimento pelo estímulo recebido ao Prof<sup>o</sup> Dr. Nilson Borges Filho.

Meus melhores agradecimentos ao Prof<sup>o</sup> Dr. Volnei Ivo Carlin, orientador de dissertação, pela compreensão e dedicação dispensada.

## *DEDICATÓRIA*

Ao meu esposo Jefferson, pela força e desprendimento.

Aos meus pais que muito me incentivaram durante o curso e para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

Os contratos são um dos históricos instrumentos jurídicos de todos os tempos, em contínua transformação. Pela importância que os contratos ocuparam no meio jurídico, pelas suas adequações ao tempo e espaço, este trabalho pesquisa-os desde a gênese contratual até a contemporaneidade. Busca na equidade o parâmetro de Justiça contratual, os anseios sociais de equilíbrio e igualdade, transportados para a esfera do princípio da equidade, que pela sua flexibilidade, dinamiza o Direito, não deixando estagnar-se numa fórmula rígida e definitiva. A discussão e a pesquisa de várias situações sócio-econômicas abordadas nesta dissertação, a partir da evolução da sociedade e de seus novos paradigmas, tenta avaliar o desvirtuamento contratual, face à crise do Direito, imposto implicitamente pelo desenvolvimento do capitalismo selvagem<sup>1</sup>. Em razão disso, postula-se que as novas estratégias e padrões legais vigentes, se amoldem realmente à necessidade social, sem a mascaração de institutos jurídicos, voltados para a ordem social, porém manipulados pelos grupos políticos e econômicos. O objetivo da pesquisa elaborada, além de demonstrar as transformações do conceito de contratar, analisa as novas propostas sociais, as mais condizentes com a justiça e voltadas para adequação do Direito à realidade sócio-econômica, pois os padrões estabelecidos pela intervenção estatal não correspondem aos altos desígnios da sociedade. Suscitando neste trabalho muitas técnicas de aperfeiçoamento contratual, aspirando sempre a justiça, na sociedade contemporânea, que resiste, diante do descompasso entre os oligopólios e a sociedade dependente. Embora a intervenção estatal ocorra no sentido da Ordem Social, não encontra esteio nem eficácia para suas fórmulas mágicas nos meios sociais. Este descrédito nas instituições administradas pelo Estado leva as massas a se organizarem em busca de reformas baseadas na correta realidade, com diretrizes eminentemente sociais. Conseqüentemente, a busca da integração da equidade ao Direito, surge de diferentes modos, desde as normas, pois quando estas não respaldam a integração, partem para outros meios, que na maioria das vezes desembocam no Judiciário, em busca do reequacionamento da norma imposta para a realidade social, ou mesmo através de outros instrumentos de cognição real da atualidade. A hipótese básica do presente trabalho é a proposição de uma reestruturação do Direito, tendo em vista não meras reformas baseadas em instituições unilaterais, mas numa adequação dos instrumentos jurídicos já utilizados pelo meio social e Judiciário, com base na contemporaneidade dos problemas invocados pela massa manipulada pelo poder econômico, que predomina neste país.

---

<sup>1</sup> Capitalismo selvagem - capitalismo monopolizado controlado e regulado pelos oligopólios, predominando o interesse dos grupos que manipulam a economia desequilibrada do país.

## **RESUMEN**

Los contratos, constituyen uno de los históricos y mas tradicionales instrumentos jurídicos de todos los tiempos, el cual se encuentra en continúa transformación. Por la importancia que siempre ocupó en el medio jurídico y por sus adaptaciones al tiempo y espacio, este trabajo realiza una investigación de dicho instrumento, desde la génesis contractual hasta la época contemporánea. Busca en la equidad el parámetro e justicia contractual, la ansiedad social de equilibrio e igualdad que son transportados para la esfera del principio de la equidad, y que por su flexibilidad, dinamiza el derecho, no dejando que este último, se estagne en una fórmula rígida y definitiva. La discusión, la investigación de varias situaciones socio-económicas abordadas en esta disertación, a partir de la sociedad y sus nuevos paradigmas, intenta evaluar la falta de virtud contractual frente a la crisis del derecho, impuesta de modo implícito por el desenvolvimiento del capitalismo selvaje. En razón de esto, se postula que las nuevas estrategias y padrones legales vigentes, se amolden realmente a la necesidad social, sin la falsa apariencia de instintos jurídicos vueltos por el orden social, y que sin embargo son manipulados por los grupos políticos y económicos. El objetivo de la investigación que fue elaborada, además de demostrar las transformaciones del concepto de contratar, es analizar las nuevas propuestas sociales, las que mas coinciden con la justicia y las que cooperen para la adecuación del derecho a la realidad socio-económica. Todo esto, debido a que los padrones establecidos por la intervención estatal no corresponden a los altos designios de la sociedad. En este trabajo sugierense muchas tecnicas de mejoramiento contractual, aspirando siempre a la justicia, en la sociedad contemporánea, que resiste, delante del descompás entre los oligopolios y la sociedad dependiente. A pesar de que la intervención estatal ocurra en el sentido del Orden Social, no encuentra amparo, ni eficacia para sus fórmulas mágicas en los medios sociales. Este descrédito en las instituciones administrativas por el estado, lleva a que las masas se organicen para buscar las reformas basadas en una correcta interpretación de la realidad, con directrices eminentemente sociales. Consecuentemente, la búsqueda de la integración de la equidad al derecho, surge de diferentes modos, desde las normas cuando estas no respaldan la integración, parten para otros medios, que en la mayor parte de las veces desemboca en el judicial en la busca del reecuacionamiento de la norma impuesta para la realidad social, o mismo por medio de otros instrumentos de cognición real de la actualidad. La hipótesis básica del presente trabajo es la proposición de una reestructuración del derecho, teniendo en cuenta no solamente a las reformas basadas en instituciones unilaterales, mas también en una adecuación de los instrumentos jurídicos ya utilizados por el medio social y judicial, con base en la contemporaneidad de los problemas invocados por la masa manipulada por el poder económico, que predomina en este país.

## SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO .....	1	
II. CAPÍTULO I .....	6	
GÊNESE DA CONTRATUALIDADE E EVOLUÇÃO		
HISTÓRICA E SOCIAL .....		7
1. Gênese .....	7	
2. Evolução .....	9	
3. Contemporaneidade.....	12	
4. Gênese e Evolução dos Contratos Bancários .....	20	
III. CAPÍTULO II .....	23	
A JUSTIÇA NA RELAÇÃO CONTRATUAL .....		24
1. Várias Concepções de Justiça .....	24	
2. Quando Ocorre Justiça Contratual.....	26	
3. Justiça Contratual .....	36	
IV. CAPÍTULO III.....	47	
AS ATIVIDADES BANCÁRIAS E O CONTRATO BANCÁRIO .....		48
1. Controle do Estado Sobre o Sistema Financeiro Nacional .....	48	
2. Instituições Bancárias.....	53	
3. Dirigismo Contratual e Outras Formas de Controle nos Contratos Bancários.....	62	

V. CAPÍTULO IV .....	74
ESTRATÉGIAS CONTEMPORÂNEAS E OS	
PADRÕES LEGAIS VIGENTES .....	75
1. Função Social do Contrato .....	75
2. Estratégias e Instrumentos Legais Vigentes .....	77
VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	97
VII. BIBLIOGRAFIA .....	101

## ***I - INTRODUÇÃO***

## *INTRODUÇÃO*

O tema a ser abordado por essa dissertação está ligado à nova concepção de contrato e sua adequação com o Direito. Seu alicerce é a Ordem Social.

A contratualidade evoluiu tanto quanto a sociedade, assim os conceitos de sujeito do direito, de ato e negócio jurídico, não devem ser encarados como algo estático e imóvel.

O corpo social assume o papel de mola propulsora da dinâmica do Direito, pois o povo deve lutar para não serem mantidas normas estabelecidas pelo Poder, incompatíveis com a realidade social. E sim substituí-las por conteúdos condizentes com a justiça e necessidade contemporânea.

A prática demonstra que os oligopólios se utilizam de estratégias, encaminhadas através das estruturas políticas vigentes, para manter a dominação econômica, sufocando os anseios sociais com padrões legais ultrapassados.

A esperança de superar esses problemas começa, sem dúvida, pela legitimação do Estado, o que pressupõe a busca do consenso entre o povo e as instituições.

O objetivo da dissertação ora apresentada é avaliar a evolução do conceito de contratar no tempo e espaço, e detectar onde se encontra a motivação do desacerto entre o Direito e a Justiça contratual, se na fragilidade social ou na má organização do Estado.

Analisa-se as peculiaridades implícitas e explícitas dos contratos, seu conceito na contemporaneidade; verifica-se se o presente quadro social tem legitimado a nova concepção contratual, pela via da intervenção Estatal, ou se esta nova concepção está eivada pela manipulação dos grupos políticos e econômicos que mascaram a ordem social pela via da legalidade. Após a verificação supramencionada, o estudo exporá o total desvirtuamento dos objetivos coletivos pelos monopólios e oligopólios, a fim de manterem suas estruturas de dominação econômica. Neste momento também é analisado o movimento da sociedade em busca de novas estratégias, para fazer valer a justiça nos contratos.

A justiça contratual é uma variável dependente do sistema social, e os homens não têm sabido realizá-la. Hoje em dia empresas comerciais, industriais, bancárias e de prestação de serviços, com a conivência da intervenção estatal, são impositoras, por diversas razões, de encargos à parte contratante, que não lhes é permitido transferir, ferindo desta forma o equilíbrio contratual.

O presente trabalho tem como referente a busca da justiça contratual na contemporaneidade. O acordo semântico de justiça contratual tem sua base na equidade, que por sua vez caminha através do equilíbrio e da equivalência entre as partes.

As mudanças vislumbradas pelo trabalho passam-se entre as relações do Estado e da Sociedade. Nesse sentido o Estado é visto na concepção de Estado em Max Weber<sup>2</sup>, e nela a dominação ocorre de forma racional e formal. E a Sociedade tem seu referencial na sociedade de massa, corpo social na busca da legitimação pela integração da Ciência do Direito com a Sociologia Jurídica.

---

<sup>2</sup> Max Weber - *Estado* - Dicionário de Política / Norberto Bobbio. Brasília : Ed. UNB, v. I, 1991.

O plano de exposição deste trabalho apresenta-se dividido em quatro capítulos, tendo por metodologia pesquisas teóricas bibliográficas, pelo método dedutivo, com procedimentos técnicos de análise de conteúdos bibliográficos e pesquisa documental.

O trabalho tem sua área de concentração no Estado, Direito e Controle Social.

O primeiro capítulo fará uma abordagem histórica dos contratos no tempo, e explicitará suas transformações de acordo com os movimentos econômicos, políticos e sociais. Até chegar ao novo conceito de contratos, com um componente a mais o Estado como interventor nas relações.

No segundo capítulo a discussão será em torno da Justiça Contratual. Abrangerá a exposição de algumas teorias acerca da Justiça e a sua adequação ao meio social contemporâneo, sua legitimação ou não.

Procura-se demonstrar por onde ocorre o desequilíbrio entre as partes, e a causa das injustiças contratuais, as dissimulações dos contratos, com o intuito de mascarar a equidade contratual.

Serão abordados também as novas formas de controle contratual estabelecidas pelo Estado através de sua intervenção nos contratos.

Neste capítulo será dada visão de Justiça, que repousa sobre a sociedade, bem como os novos movimentos de massa com rumo a alcançá-la.

No capítulo terceiro, a discussão será em torno de um dos mais polêmicos instrumentos de contrato da atualidade, os contratos bancários.

Pela crescente importância dos fatores econômicos na sociedade, com o desenvolvimento e incremento da tecnologia e da industrialização, e pela importância do Mercado de Capitais na economia, os

contratos bancários assumiram um papel renovador no conceito de contratar. A forma de legitimação pela sociedade destes novos instrumentos, a eficácia da intervenção estatal no controle destas relações, serão assuntos de destaque neste capítulo.

A imposição do dirigismo contratual, e a busca das massas por pelo equilíbrio contratual, contra a massificação, é o ponto máximo de discussão do capítulo. O clamor social em busca da equidade, através do Judiciário, e a resposta deste aos novos conceitos, serão analisados.

No quarto capítulo será discutida a mascaração da função Social nos contratos imposta pelo Estado. O que seria esta propalada Ordem Social? Até que ponto a insatisfação paira sobre a Sociedade?

O capítulo destacará ainda os padrões legais vigentes e sua eficácia, e busca de legitimação da sociedade para novas estratégias nascidas dos movimentos sociais.

O quarto capítulo trará uma abordagem da necessidade contemporânea de justiça contratual, discutida no segundo capítulo, bem como se posicionará contra o desequilíbrio contratual apresentado no terceiro capítulo; proporá então uma nova sistemática de controle contratual, que perpassará pela legitimação da Sociedade. Buscará ainda a reforma estrutural tanto do Direito quanto da Sociedade, através de sua integração.

Nas considerações finais, faremos o balanço do estudo apresentado, com uma abordagem de cunho particular. Como cidadã no exercício dos meus direitos e deveres, exporei minha reflexão, com intuito de estimular aqueles que tomarem conhecimento da matéria abordada, a fazerem suas reflexões acerca do grande movimento de transformação sócio-econômica que estamos vivendo, e da influência substancial na evolução dos institutos jurídicos, dentre estes o contrato, que certamente fará parte da história do Direito, pois a inovação terá partida através da renovação deste.

Neste momento ressalva-se que: "A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que a fundamenta ou que nele é exposta."

## *II. CAPÍTULO I*

## *GÊNESE DA CONTRATUALIDADE E EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL*

### 1. GÊNESE:

A sociedade familiar é a mais antiga das sociedades. Tão logo cada membro desta sociedade encontre sua independência, cessam os laços naturais que os unem. Em ROUSSEAU<sup>3</sup> o fato de cada membro permanecer unido à família após atingir a idade da razão, constitui um ato voluntário do membro que fica e um ato de consenso da família que o aceita, sendo que a manutenção destas relações, estabeleceu-se por convenções.

Mas a família precisou organizar-se, surgindo então as tribos, onde a autoridade de chefe simbolizava não só a retenção e posse da riqueza comum, mas também a realização de contratos e ajustes com outros grupos congêneres.

Numa fase posterior surgem os clãs, onde a personalidade estava toda entregue ao grupo, entendido este na sua expressão de conjunto, que chamava para si o domínio de todos os bens, e assim possuía a responsabilidade de levar a efeito as permutas ou então empenhar-se nas convenções com os vizinhos.

O HOMEM começou a poder contrair obrigações quando adquiriu plenamente para si a personalidade jurídica<sup>4</sup>; e foi depois desta rica conquista que os nossos remotos antepassados puderam ter juridicamente bens estritamente vinculados à responsabilidade oriunda de seus próprios

---

<sup>3</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social e outros escritos. Ed. Cultrix - São Paulo.

<sup>4</sup> Personalidade Jurídica: no sentido de ente formal - exclui-se o sentido societário.

atos; daí concedeu-se a eles plena capacidade de obrigar-se por meio de pactos, ajustes ou contratos.

Na posse de uma livre capacidade jurídica, o homem começou sua vida contratual, através da vontade de pactuar. Vieram as trocas mais diversificadas, os escambos mais diversos. Dessa maneira os contratos tiveram início com as barganhas de valores e de serviços, por meio de pagamento em espécie em relação àqueles, havendo gratuidade nos segundos. As necessidades imperiosas induziram ao descobrimento e plena aplicação dos metais, irrompendo a moeda metálica ao tempo de tirano grego Fidon, pelo século VIII a.C., que desempenhou uma autêntica revolução dentro do sistema contratual da época. Apontam-se maneiras várias de compra e venda: por amostras, por qualidade, por medidas etc. Houve como que uma multiplicação de acordos através da livre vontade das partes.

A moeda, segundo a justa observação de Spencer Vampré<sup>5</sup> **"Não é mais do que o instrumento comum da troca econômica, e sucede na evolução histórica à permuta direta de causa. 'Origo emendi vendendique a permutationibus coepit'"** (a origem da compra e venda começa da permutação).

Desde este período, que representa a fonte de cada contrato, pode-se verificar que o seu componente distintivo fora o consentimento, entendido como a vontade que impera com soberania.

A concepção da vontade soberana, como criadora de direitos e obrigações, tem sua fonte no direito canônico, que procurou implantar profundamente na consciência humana o respeito da palavra dada, sob qualquer forma material por que a vontade se tenha manifestado.

---

<sup>5</sup> Da Lesão Enorme e do Sujeito do Direito perante o Cód. Civil, 1928, Ed. Magalhães, p. 128

Segundo pregavam os canonistas, todo encargo livremente assumido deve ser executado conforme um imperativo da consciência.

A razão entendida como inteligência determina a vontade; pois sem aquela inexistente a vontade plena. E desde que esta não seja eivada em vício, as convenções edificam leis entre as partes contraentes. Deduz-se que este entendimento é proveniente do direito natural, e entrou na sistemática jurídica dos povos.

Nos domínios da MORAL; convenção é coisa sagrada.

O contrato precisa estar enquadrado na concepção do justo. Chama-se justo ao que é conforme à lei, afirmação do filósofo Aristóteles.<sup>6</sup> O contrato sendo uma lei feita por particulares, tendo em vista determinado negócio, não pode deixar de ser justo. É a experiência da filosofia e mormente do direito natural, posta em síntese na regra segundo a qual não faças a outrem o que não deseja que te façam.

## 2. EVOLUÇÃO:

Todas as regras gerais que nortearam a evolução contratual até o século XVIII caíram do uso popular, tendo o conceito moderno de contrato se formado a partir de confluência de diversas correntes dentre as quais a dos canonistas e a da escola do direito natural. A primeira baseada no consenso; a segunda, na vontade de contratar.

Com o enorme surto econômico provocado pelos anseios do capitalismo moderno, havido principalmente em meados do século XIX, a

---

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos* - Enub - 2 ed.: "O justo, então, é aquilo que é conforme à lei e correto, e o injusto é o ilegal e iníquo." p. 92.

teoria contratual passou a ser um dos expedientes mais efetivos da propagação do regime social na influência ou predomínio do Capital, então vigente na época.

A moderna concepção do contrato como consenso pelo qual as partes formam um vínculo jurídico a que se prendem, reveste-se da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção.

O direito dos contratos, neste século de transformações, não se baseou, como outrora, na extrema fidelidade à palavra dada ou a ver nas convenções uma coisa sagrada, mas sim abasteceu as novas exigências econômicas, com o aparecimento das sociedades por ações, por exemplo, adicionado às circunstâncias alteradas da convivência social. O direito dos contratos, reafirmados, fortificou o índice de certeza das operações comerciais, através de supressão quase integral do formalismo.

San Thiago Dantas<sup>7</sup> coloca que o direito contratual do início do século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesse; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidade ampla para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.

A idéia basilar do liberalismo econômico, de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em

---

<sup>7</sup> Evolução Contemporânea do Direito Contratual, *in* RT 195/144.

condições, todavia, que favoreceram a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto, permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.

O livre jogo das forças de mercado conduzia ao equilíbrio de interesses e dos poderes econômicos distintos. O contrato constituiu-se instrumento jurídico pautado na livre concorrência e na plenitude da autonomia dos indivíduos.

A partir daí, a autonomia privada constituiu o princípio fundamental do direito privado. O ponto culminante dessa evolução foi a teoria do negócio jurídico, na exaltação da vontade individual criadora de efeitos jurídicos reconhecidos pelo direito ou objetivada na declaração negocial, desconsiderando o momento psicológico.

O negócio jurídico foi concebido como categoria máxima das relações negociais, subindo-se mais um grau de abstração, além do contrato, de forma a acolher a subsunção de espécie não contratual: o negócio jurídico unilateral. Em qualquer hipótese, brotando espaço ideal da autonomia privada. Não se levava em conta a condição social das partes, se pertenciam ou não a certa classe, se eram ricos ou pobres, nem se consideravam os valores de uso mas somente o parâmetro da troca, a equivalência das mercadorias, não se distinguia se o objeto do contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário.

M.M. SERPA LOPES<sup>8</sup> doutrina que não muito diuturna foi a preponderância da idéia de autonomia da vontade; os juristas logo se

---

<sup>8</sup> Curso de Direito Civil, Liv. F. Bastos S/A, 1964, 4ª ed. vol. III, p. 20.

aperceberam de que a liberdade no exercício das vontades individuais, longe de ser a ideal, se convertera, muitas vezes, na desgraça de um dos contratantes, em face da sua posição de desigualdade ante a outra parte.

As desigualdades econômicas agravaram-se; a concepção de um indivíduo senhor de seus próprios interesses nos contratos em que aparentava convencionar livremente, se patenteou falsa, em face das seguintes razões:

1º) porque o indivíduo era por vezes desarrazoado;

2º) porque freqüentemente não se encontrava em situação de poder prever um futuro cada vez mais aleatório de que o era no século passado;

3º) porque contratava freqüentemente sob o império da necessidade, tendo entre ele um co-contratante cuja força econômica é, ante a dele, incomensurável.

### 3. CONTEMPORANEIDADE:

Tanto o princípio da autonomia da vontade, como da obrigatoriedade das convenções, perderam uma parte de seu prestígio, em face de anseios e preocupações novas, nem sempre atendidos no apogeu do regime capitalista.

Ora, o desequilíbrio conseqüente à evolução tecnológica no século XX, com a submissão do economicamente mais fraco aos detentores do capital, nos relacionamentos privados, desencadeou a intervenção do Estado nas relações contratuais, concorrendo assim para mais uma modificação da noção de contrato.

Com o advento da legislação intervencionista do Estado na Economia, nessa mesma diretriz foram sendo editadas normas delimitadoras da vontade em vários setores, verificando-se a ampliação do conceito de ordem pública (inclusão de noções de cunho econômico, ao lado das de moral e de bons costumes), e a sucessiva edição de leis reguladoras de matérias de cunho privado, formando legislação especial inibidora da vontade particular, como na defesa do consumidor, na defesa do autor de obra intelectual, na defesa do locatário, na defesa dos financiamentos bancários. As condições gerais dos contratos presentes contemporaneamente convivem, lado a lado, com o intervencionismo estatal.

As condições gerais se comparadas com a legislação intervencionista, tem a mesma função: são ambas hipóteses de dirigismo contratual, uma privada, outra pública. Ambas provocam o apoucamento da autonomia privada. O Estado reduz a autonomia privada quando intervêm, pretendendo tutelar a igualdade real dos figurantes das relações jurídicas negociais. As condições gerais reduzem a autonomia privada, quando dela se valem para exercício unilateral da vontade do figurante predisponente para heterorregulação das relações que se constituírem.

Em todos os tempos, interpreta Lino de Moraes Leme<sup>9</sup>, houve intervenções governamentais em matéria contratual.

No direito romano houve a interdição, durante o império, de exportar trigo, vinho; as intervenções destinadas a impor às corporações comerciais, industriais e operárias, sob a forma de obrigações imperativas, o regime sistemático de subordinação, que se acabou generalizando; a tentativa de taxação das mercadorias pelo edito do máximo e a fixação de salários, sob DIOCLECIANO.

---

<sup>9</sup> Revista Forense - Vol. 171, ano 54, maio/junho de 1957.

Na Grécia, as legislações de LICURGO e de SOLON já teriam dado o exemplo da intervenção governamental, destinada a pôr fim às crises da época.

O capitalismo, somado à industrialização cada vez mais desenvolvida, guiou os contratantes a uma posição assaz incômoda no início do século XX, pois se compreendeu desde logo que, se a estrutura jurídica assegurava a paridade política, não estava garantindo a paridade econômico-financeira.

E basta a comprovação desse atroz argumento para se ver partida a igualdade das partes, efeito da causa estabelecida no princípio da autonomia de vontade, ausentando desta maneira a exaltada independência, sustentáculo da teoria tradicional.

Com o domínio de mestre, Orlando Gomes<sup>10</sup> refere-se a respeito, expondo que a política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o contrato, na sua cidadela, ao restringir a LIBERDADE DE CONTRATAR, na sua tríplice expressão de LIBERDADE DE CELEBRAR CONTRATO, DA LIBERDADE DE ESCOLHER O OUTRO CONTRATANTE E DA LIBERDADE DE DETERMINAR O CONTEÚDO DO CONTRATO.

Essas modificações revelam outras tantas tentativas para a correção do desequilíbrio. Primeiro vieram um grande número de leis de proteção aos mais fracos econômica e socialmente; na segunda tentativa, surgem legislações de apoio aos grupos organizados, como os sindicatos; a terceira passou ao dirigismo contratual, exercido pelo Estado.

---

<sup>10</sup> Orlando Gomes. Contratos, 1990, Ed. Forense, p. 8/9.

Em consequência, limitações várias passou a sofrer a vontade, na formação, na execução e na inexecução de contratos e de outros negócios jurídicos, que ora se acha entrecortada por disposições legais e regulamentadoras, que o tolhem, ou o restringem, produzindo figuras anômalas, como a do contrato cujo conteúdo é imperativamente alterado por lei superveniente, dissociando totalmente a relação contratual do acordo de vontade.

Josserand<sup>11</sup> alude que o desenvolvimento do dirigismo contratual, devido a causas políticas profundas, entre as quais se alinha a primazia do social sobre o individual; acumulação de capitais e concentração de empresas; desigualdade de poder entre os contratantes; necessidade de proteger o indivíduo contra a tirania dos grupos, das companhias, das Sociedades.

O dirigismo contratual indubitavelmente revolucionou sobremaneira os preceitos tradicionais da convenção, excedendo, por assim dizer, as suas vetustas maneiras de compleição, hospedando a interferência plena do poder público numa ordem de relações jurídicas, representada nas vontades dos cidadãos e do direito social, proporcionando ao juiz e à administração modos de equilibrar os fatos sociais, tais como a determinação de cláusulas limitativas na observância das obrigações, a prorrogação dos prazos e a estancação imediatas dos preços.

Surgiram daí novas práticas e novos hábitos na configuração dos contratos, visando fundamentalmente o equilíbrio social, na maneira, por exemplo, dos contratos de adesão, denominação empregada para aqueles contratos celebrados com empresas concessionárias de luz, seguro, como também os contratos coletivos de trabalho. Neste último ausenta-se a vontade

---

<sup>11</sup> Josserand, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats* - RTDC vol. XXVI, p. 07

dos contratantes, porque a convenção é antecipadamente prescrita pelos sindicatos, não podendo as partes modificar as suas decisões.

O Professor Caio Mário<sup>12</sup> também emprega a expressão a "intervenção do Estado na vida do contrato" para significar toda esta mudança; insinua a possibilidade da idéia intervencionista tornar-se perene, por isso, enumeram-se as leis que trazem em seu bojo preceitos de ordem pública, delimitadoras da liberdade de pactuar. Dentre elas, a Lei da Usura, a Lei do Reajustamento Econômico, a Lei da Economia Popular, a Lei do Inquilinato etc. E tanto numa como noutras procura-se adelgaçar as disparidades porventura reinantes no contrato, impedindo-se assim desacertados proveitos a uma das partes contratantes.

As intervenções legislativas se multiplicam, porém tais medidas coercitivas apresentam-se frontalmente opostas ao princípio da independente vontade das partes, que pelo legislador é habilmente usada como premissa legal à preparação dos contratos.

O poder econômico passou a constituir regra e deve ser exercido segundo uma função social, de serviço à coletividade. Quando a Constituição Federal Brasileira de 1988, estabelece, no art. 170, que a ordem econômica se exerce conforme os ditames da justiça social e do princípio da defesa do consumidor, demarca o alcance básico do poder econômico. É o ordenamento jurídico tomando consciência da desigualdade real que o princípio da igualdade jurídica é incapaz de equilibrar, ainda mais por envolver não apenas indivíduos, mas grupos sociais: um organizado e outro difuso.

---

<sup>12</sup> Instituições de Direito Civil - 3º vol. p. 20.

O conflito de interesses não diz respeito a dois sujeitos singularmente considerados, mas a relações entre os sujeitos pertencentes a grupos sociais dotados de diversos poderes econômicos e contratuais.

Certamente a desigualdade real não seria considerada pelo Direito se a disparidade de poder econômico pudesse ser contrabalançada por amplas possibilidades de escolha.

O monopólio estatal da legislação rejeita a pluralidade normativa. As condições gerais são o instrumento mais agudo deste poder.

A denominação utilizada nos diplomas legislativos não é uniforme. Sob a influência dos direitos alemão e italiano, amplia-se a preferência por Condições Gerais dos Contratos.

A doutrina, desde o início do século, vem abrindo veredas. Costuma-se apontar como referência um famoso trecho de Saleilles<sup>13</sup>, de 1901, onde pela primeira vez se fala em CONTRATO DE ADESÃO. Tal contrato popularizou-se muito, a ponto de constituir verdadeira categoria jurídica. O trecho abaixo transcrito, merece ser mencionado por seu valor histórico:

*"Sem dúvidas, há contratos e contratos, e estamos longe da realidade desta unidade de tipo contratual que supõe o Direito. Será necessário, cedo ou tarde, que o Direito se incline diante das nuances e divergências que as relações sociais fizeram surgir. Há supostos contratos que têm do contrato apenas o nome, e cuja construção jurídica está por fazer; para os quais, em todo o caso, as regras de interpretação individual deveriam se submeter, sem dúvidas, a importantes modificações; poderiam ser chamado, na ausência de termo melhor, de CONTRATOS DE ADESÃO, nos quais há predominância exclusiva de uma única vontade, agindo como vontade individual, que dita sua lei não mais a um*

---

<sup>13</sup> Raymond Saleilles, De la déclaration de volonté. Paris, p. 229.

*indivíduo mas a uma coletividade indeterminada, obrigando antecipada e unilateralmente, admitindo-se apenas a adesão daqueles que desejarem aceitar a lei do contrato."*

Posteriormente, a partir da pesquisa da dogmática e sociologia jurídica da doutrina alemã, é que surgiu as condições gerais dos negócios que vieram a prevalecer na jurisprudência e na Lei de 1976 (alemã).

Após o Código Civil de 1942, a doutrina italiana desenvolveu uma rica contribuição ao tema das condições gerais, em tratados de direito civil e, sobretudo, através de obras monográficas.

No direito positivo brasileiro, apenas com o Código de Defesa do Consumidor de 1990 é que a matéria passou a ser cuidada mais adequadamente.

A jurisprudência, sob o influxo criativo da doutrina científica mundial, foi se delineando, caso a caso.

Lino de Moraes Leme,<sup>14</sup> autor já citado, chega mesmo a atestar que o *dirigismo fora da lei, ou da interpretação jurisprudencial, é ilegalidade*.

Não obstante as numerosas intervenções legislativas que estão ocorrendo no mundo, os princípios da tradição em termos de liberdade contratual e de *pacta sunt servanda* permanecem profundamente radicados na *praxis* dos tribunais e na opinião da doutrina.

No novo contexto determinado pela política de intervenção do Estado na economia, o contrato sofre duas importantes modificações em seu significado e em sua função:

1º) deixa de ser simplesmente expressão da autonomia privada;

---

<sup>14</sup> Revista Forense - vol. 171, p. 61

2º) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes (produtores e consumidores; empregadores e empregados; banqueiros e clientes).

A nova concepção atenta para o dado novo de que é em virtude da política interventiva do Estado hodierno, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes. Disciplinados por uma legislação avulsa que abandonou a postura tradicional do Código Civil, passam a ser um ponto de referência de interesses diversos, uma estrutura aberta que é preenchida, não apenas por disposições resultantes do acordo de vontades, mas também pelas Leis, tanto as imperativas quanto dispositivas, e pela eqüidade.

Os limites tradicionais da AUTONOMIA PRIVADA são a ORDEM PÚBLICA e BONS COSTUMES, mas seu exercício é também restringido pelo expediente da TIPICIDADE dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio típico.

Assim, sucedeu-se a evolução histórica e social dos contratos resultado provocado pela conseqüente evolução e ebulição das Sociedades.

#### 4. GÊNESE E EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS:

O estudo dos CONTRATOS BANCÁRIOS, a seguir disposto no capítulo III deste trabalho, pressupõe que sejam feitas algumas considerações históricas sobre a origem e organização dos contratos.<sup>15</sup>

A origem dos bancos é antiquíssima. Na antiga Babilônia a atividade bancária era sagrada, os sacerdotes eram os banqueiros, e cumpriam as funções por delegação de Deuses dos Templos. Todas as operações financeiras dos templos eram através de contratos. Foi na Grécia, porém, que apareceram os contratos bancários típicos: depósitos e empréstimos. Desenvolveram na época o moderno contrato de seguros marítimos.

O Egito seguiu a técnica bancária grega: o Estado era o detentor do monopólio da atividade bancária. Por ser um país voltado para agricultura, desenvolveu um regime especial de empréstimos e depósitos agrícolas.

No século III a. C., Roma já contava com o comércio bancário, que era exercido por banqueiros particulares. As atividades dos banqueiros eram várias: depósitos, empréstimos, operações que os romanos aperfeiçoaram consideravelmente, graças ao seu gênio jurídico.

Na Idade Média, marcada pelo domínio eclesiástico com proibições canônicas à usura, a atividade bancária desenvolveu-se de forma rudimentar, em substituição ao avanço até então conseguido pelos romanos. Numa segunda etapa, nos Séc. XII e XIII, floresceu novamente a atividade bancária.

---

<sup>15</sup> Jorge H. Escobar. Contratos Bancários, 1988, Ed. El Foro Assunção.

Com o renascimento do comércio e das atividades bancárias, o comércio bancário tomou extraordinário impulso, criando-se bancos particulares por iniciativa de judeus e lombardos e, mais tarde, quando o juro deixou de ser condenado pela igreja, apareceram os banqueiros cristãos.

Muito devem os bancos aos descobrimentos marítimos: é que a partir do século XV esses descobrimentos determinaram o aparecimento do mercantilismo, que valorizou o dinheiro como fonte principal de riqueza, ativando de maneira extraordinária o comércio bancário.

Com o fito de financiar a navegação, formaram-se associações poderosas como a Companhia Holandesa das Índias Orientais (1662).

A partir do século XVI a Reforma Protestante instaura um nexó entre o credo religioso, conduta moral e comportamento econômico.

A riqueza bem administrada é um prêmio, pois os bens são recompensas de Deus.

O mercado passa a ser a transposição econômica da incessante luta entre os homens.

Na Inglaterra, na França e na Alemanha dos séculos XVI e XVII o valor supremo era a riqueza e prosperidade. O mercantilismo surge dentro das diversas realidades nacionais, porém, com aspectos políticos-sociais.

Em consequência do mercantilismo surgem os grandes bancos, como Banco de Amsterdam (1608) e o Banco da Inglaterra (1689). No ano de 1775 surge em Londres a primeira Câmara de Compensação.

A partir do século XVIII, os bancos se disseminaram pela América e como Instituições poderosas passaram a constituir a alma de toda a economia moderna.

A implantação da empresa bancária no Brasil foi consequência da vinda da família real portuguesa para o Rio de Janeiro, no

século XIX. Pelo Alvará Régio de 12 de outubro de 1808, D. João VI criou o primeiro Banco Público Nacional, o Banco do Brasil.

O legislador brasileiro, ao contrário do legislador de outros países, não dedicou senão poucas disposições sobre a interpretação dos contratos bancários. A doutrina tem cuidado de preencher as lacunas da Lei, formulando regras hermenêuticas com vistas a atingir a vontade real das partes contratantes.

Na doutrina moderna, Pothier exerceu poderosa influência com as regras que reuniu em seu livro "Obrigações", as quais foram consagradas pelo código de Napoleão, de 1803, e por grande parte das legislações modernas.

Além dessas normas comuns de interpretação, devem ser observadas, na exegese dos contratos bancários, especialmente quando submetidos ao crivo do Poder Judiciário, as regras hermenêuticas próprias dos contratos de Adesão.

Toda essa evolução no conceito de contratar carrega em seu bojo a incessante busca do justo, pois como pregou Aristóteles, em obra já citada neste trabalho,

"Na justiça se resume toda a existência."<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 2ª ed., Epub, p. 93.

## **III - CAPÍTULO II**

## A JUSTIÇA NA RELAÇÃO CONTRATUAL

Após estar delineado o perfil histórico e evolutivo dos contratos, considerando as várias etapas em que vem sendo moldado, desde o consentimento entendido como vontade, passando pelo período da autonomia privada e por derradeiro a intervenção estatal visando a ordem pública, a *justiça* aparece sempre como a propulsora da dinâmica evolução conceitual de Contratar.

### 1. VÁRIAS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA:

A JUSTIÇA, desde a antigüidade greco-romana, vem associada ao Direito, ensinaram os clássicos que o *direito é a arte daquilo que é bom e eqüitativo*.

As lutas e as contradições entre os grupos sociais podem ser lidas na história, mesmo no século VII a. C., começando aqui a busca do justo. O que é *justo*?

Para Platão, citado por Aguiar<sup>17</sup>, a justiça se fundava numa ética subordinada à idéia do bem, e não somente para os amigos. Embora aceitasse uma ética respaldada no conhecimento, na razão, sua concepção de justiça estava ligada a uma visão de harmonia, de equilíbrio, virtude suprema que harmoniza as partes com o todo. A Justiça de Platão não será a dos

---

<sup>17</sup> Aguiar, Roberto. O que é Justiça. Ed. Alfa Omega Ltda. SP.

dominadores, ou a dos dominados, e sim, ser aquela encontrada na norma, onde o Estado, acima destas duas classes, administrará o consenso.

Aristóteles<sup>18</sup>, no evoluir da idéia de Justiça, é quem de modo marcante continua exercendo influência até os dias de hoje. Para ele, a Justiça, não passa de um hábito, pois "As pessoas pensam que depende delas agir injustamente, e que portanto é fácil ser justo". Suas teorias foram aprofundadas e moldadas para os costumes da Idade Média, cujo conceito de Justiça se baseou no divino. Santo Tomás de Aquino<sup>19</sup> representou os ideais cristãos, na definição: "Dar a cada um o que é seu, segundo uma igualdade". Dispostos a lutar ao lado da Justiça social, os canonistas elaboraram trabalho fecundo, em que se criou uma regra moral, que tinha como princípio a *eqüidade* na formação e cumprimento dos contratos.

Nos séculos XVII e XVIII, a justiça se volta mais para a ordem natural, a natureza humana e a razão. Encontramos em Rousseau a ideologia do Contrato Social, onde a democracia idealizada pelos liberais era concebida em termos contratuais. Surge da evolução das teorias da Idade Média a inspiração em Rawls<sup>20</sup>, que tem como pilar de sua tese o Pacto social, caminho por onde trilha em busca da *Justiça*.

Todas as teorias propaladas, desde Aristóteles até Rawls, elencaram como princípio de justiça contratual a *eqüidade*. Para Aristóteles, eqüidade significa a realização da própria Justiça.

Para Rawls a justiça é a eqüidade (imparcialidade) pela qual os indivíduos deviam ser livres e iguais para decidir, no sentido social mais amplo possível.

---

<sup>18</sup> Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, 2ª ed. Edunb.

<sup>19</sup> *Op. cit.* p. 70.

<sup>20</sup> Rawls, John. *Uma teoria da Justiça* - UNB.

A Justiça como princípio especificamente dentro do *direito*, delimita e harmoniza os conflitos não previstos pelos legisladores.

## 2. QUANDO OCORRE A JUSTIÇA CONTRATUAL:

À medida que a lesão ao direito dos contratantes começaram surgir, verificou-se que o logismo rigoroso da lei, não podia abranger as múltiplas e complexas relações humanas. A este respeito escreveu Aristóteles<sup>21</sup>:

*"Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua explicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se tivesse previsto o caso em questão. Por isso, o eqüitativo é justo, é melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita dos seus ditames). Então o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da Lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto."*

Os canonistas exerceram sua influência na formação das teorias acerca de justiça contratual. Santo Tomás de Aquino, um dos seus maiores filósofos, que seguindo Ulpiano definia *Justiça* como a constante vontade de dar a cada um o que era seu, o que tem muito a ver com a

---

<sup>21</sup> *Op. cit.* p. 109

concepção contemporânea de Justiça, que visa a socialização deste instrumento jurídico<sup>22</sup>.

JOHN RAWLS<sup>23</sup>, cujo objeto do contrato se distanciou de Rousseau e Kant, na forma de prelecionar os Contratos, enquanto ordem social, para o teórico são estipulações de princípios de justiça que contribuem na evolução das Instituições fundamentais dentro da estrutura básica da Sociedade.

Dentro desta realidade jurídica, contemporaneamente, numa interpretação sociológica, os fatos apresentam em evidência o declínio do direito de dominação do indivíduo, tentando mostrar que a vida social e jurídica se volta cada vez mais em função do grupo, onde se concretizam as relações necessárias a cada indivíduo. Cada grupo que se constitui forma apenas uma individualidade nova, que toma força e poder do grande indivíduo em que se fundiram os seus componentes. Este é o andamento do processo de socialização da vida e, em particular, das Instituições jurídicas.

No anseio geral de se criar uma sociedade mais justa, o contrato deve se impor como uma das muitas agências de equiparação social, realizando a equivalência das prestações mútuas nos negócios jurídicos.

Fernando Noronha<sup>24</sup>, em trabalho recente, expõe que:

*"A justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas, de uma relação contratual. E dentro dos contratos, o seu campo de eleição é, naturalmente, o contrato comutativo, que é aquele que pressupõe uma relação de equivalência entre prestação e contraprestação, e que, de respeito constitui a mais importante categoria contratual da vida real, e a mais comum."*

---

<sup>22</sup> *Op. cit.* pp. 35/40

<sup>23</sup> *Op. cit.* p. 5/6.

<sup>24</sup> apostila de Teoria Geral das Obrigações, p. 213.

Para se estabelecer o que seja este equilíbrio, é necessário que se façam algumas distinções de Justiça, dentro da dogmática do Direito:

Justiça formal e Justiça substancial: a Justiça formal assegura às partes a igualdade no processo de contratar; a Justiça substancial efetiva o equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes.

A justiça formal dá oportunidade de as partes contratarem com liberdade de decisão. Cada parte tem que estar igualmente livre, responsável pelas condições e consequências do contrato e esclarecida a respeito delas.

Na justiça substancial tal equilíbrio somente seria alcançado se cada parte contratante recebesse benefícios proporcionais ao esforço dispendido ao cumprimento do contrato. Dentro deste panorama, a idéia de Justiça substancial contém um maior equilíbrio entre direitos e obrigações.

A justiça substancial possui dois ângulos de análise: a justiça substancial subjetiva e a objetiva.

Predominando a teoria objetiva, há a determinação de ser necessário a cada contratante, em troca dos encargos que assume, obter benefícios que contrabalancem, de forma adequada ou equivalente, o ônus exigido.

Segundo Noronha, porém, o ideal de justiça seria encontrar o ponto de equilíbrio entre justiça contratual, boa-fé e autonomia privada restrita, mas não descaracterizada, nem pela boa-fé nem pela justiça contratual.

Assim podemos entender a justiça, em sua acepção objetiva, como qualidade da ordem social, que garante a cada um o direito que lhe é devido.

Para Von Mehren<sup>25</sup>, a realização da Justiça formal, dentro dos contratos, faz-se presumir que a justiça substancial foi alcançada, pois são as partes que melhor podem estabelecer as condições da avaliação entre a prestação e contraprestação, se foi alcançado o equilíbrio entre ônus e riscos.

A presunção de justiça substancial objetiva, consubstanciada no acordo de vontade, não ter validade quando observado que as condições de justiça contratual não foram cumpridas, devido à presença de vícios do consentimento ou à existência de incapacidades, ou quando outros fatores visivelmente desproporcionais venham a ocorrer entre a prestação e a contraprestação, ou ainda se tais estipulações contratuais venham causar sérios riscos a uma das partes, gerando manifesta desigualdade como ocorrem nos contratos de adesão.

O contrato encerra, na verdade, a par da pesagem dos interesses, a comparação imprescindível das prestações a que se obrigam mutuamente as partes, essa aferição está na própria gênese dos ajustes. É ela que une os contraentes ou os afasta, no momento em que defendem vantagens, conveniências e necessidades.

Verifica-se claramente que a injustiça contratual nasce então, no momento em que surge desequilíbrio contratual formal e substancial objetivo, entre as partes.

E o contrato sendo o instrumento de formalização do negócio jurídico, ter a interpretação do negócio jurídico contratual, que se funda necessariamente na declaração comum entre as partes; as partes constituem negócio jurídico autônomo, ou seja, negócio jurídico de oferta e negócio jurídico de aceitação, para fins de interpretação do contrato em si, como negócio jurídico bilateral - a declaração comum é o seu objeto hermenêutico.

---

<sup>25</sup> Von Mehren. A General View of contract. p. 66/67.

Existem alguns elementos descaracterizadores do instituto da Justiça formal e substancial, que, sinteticamente, trarei em discussão:

A) VÍCIOS DE CONSENTIMENTO:

É anulável ao arbítrio das partes o contrato que contém *vício de consentimento*, ou *vício social*, em sua formação, por erro, dolo ou coação. A anulabilidade tem por fundamento proteger a vontade da pessoa que errou, foi induzida em dolo ou coagida, é a forma legal de fazer respeitar a finalidade do contrato e a justiça comutativa, restaurando o princípio da equivalência, é a anulação do negócio jurídico.

B) FALTA DE CAPACIDADE:

Quanto às *incapacidades*, a proteção àqueles que a Lei não os declarou aptos a contratar, ou das pessoas que não emitiram livremente declaração negocial geram anomalias contratuais, impossibilitando a concretização da justiça formal, não ensejando assim a pressuposição da Justiça substancial, ferindo o ordenamento da justiça contratual.

C) CONTRATOS INÍQUOS POR LESÃO OU ESTADO DE PERIGO:

Não basta o zelo que cerca os incapazes, primordial também é a defesa dos interesses e direitos privados quanto ao consentimento, quando as situações contratuais que denunciam gritantes desigualdades, dão origem a figura dos *contratos manifestamente iníquos em caso de lesão e de estado de perigo*.

Mesmo aqueles que a Lei declarou aptos para o comércio devem ser resguardados, pois no plano da prática, nem todos apresentam as mesmas possibilidades de vencer. O discernimento fácil não é distribuído a

todos, e por conseqüência surge a desigualdade e o desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, tornando o contrato as vezes gritantemente iníquo. Isso pode ocorrer quando houver aproveitamento de situação de premente necessidade da outra parte, ou por inexperiência desta, e quando uma das partes só houver contratado, premida pela necessidade de afastar um perigo atual. Evidencia-se, nestes casos, que as condições de realização da justiça formal e até o consentimento padecem de vício, dando lugar a injustiça substancial. E é esta situação de injustiça que constitui fundamento da anulabilidade do negócio celebrado. O direito clássico já havia produzido figuras que se assemelham à rescisão por lesão. Nela o magistrado, por *equidade*, repunha as partes no estado anterior e reparava-se a lesão sofrida, sempre que ocorresse uma destas causas: menoridade, violência, dolo, erro, fraude, ausência, diminuição do patrimônio do devedor. A concessão do benefício dependia da verificação do prejuízo patrimonial e da situação de inferioridade, que viciava o consentimento do lesado, ou o subtraía, como no caso de ausência.

A idéia de igualdade das prestações, que temos como antessuposto da justiça contratual, é a de ser a proporção entre o dado e o recebido, razão fundamental do contrato, uma vez que ofendida a equidade, quando verificada a ofensa, pleitear-se-á proteção da lei em favor do prejudicado.

Outro caso de vício de consentimento é o estado de perigo; neste caso ter que haver temor de grave dano moral ou material à pessoa que compele o declarante a concluir contrato mediante situação exorbitante; para invalidar o contrato bastaria demonstrar a falta de condições para realização da justiça formal.

#### D) ADESÃO CONTRATUAL:

CONTRATOS DE ADESÃO, mais um caso de desequilíbrio entre as partes, com a desigualdade também de força econômica entre os contratantes; o homem neste caso é vítima do próprio homem, onde o aderente leva total desvantagem.

Normalmente o aderente não tem condições de avaliar as implicações do contrato que assina, levado pela necessidade e por inibições psicológicas do momento. Isso compõe um quadro extremamente propício a imposições ilegítimas do contratante mais forte, gerando grave desequilíbrio entre o ônus e o risco do predisponente e aderente, não caracterizando a justiça substancial.

Nesse caso o princípio da boa-fé é contrariado pelo contratante, que insere cláusulas que desequilibram o contrato em seu favor, ferindo o princípio da justiça contratual.

O critério de interpretação contra o predisponente é aplicável, seja na hipótese em que ele próprio tenha formulado as condições gerais, seja na hipótese em que tenha utilizado condições gerais de terceiros.

A regra *contra stipulatorem* tem como limite o equilíbrio das posições contratuais, rompido com o favorecimento que o predisponente outorgou a si próprio, pela equalização que ela opera.

No Brasil a jurisprudência adotou-a antes de qualquer norma jurídica positiva. O projeto de Código Civil n. 634-B elegera-a como centro da disciplina do contrato de adesão, nestes termos: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

No Código de Defesa do Consumidor ficou assim:

"Art. 47 - As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor."

Não apenas no direito civil a boa-fé ressurge. Em quase todos os ramos do direito o princípio é referência obrigatória: no direito comercial, no direito público, no direito internacional, no direito penal.

Através de cláusulas gerais como a boa-fé, a aplicação do Direito retoma a realidade social, captando os valores típicos pela mediação concretizadora do juiz. São modelos abertos, dúcteis, dotados de virtualidade de adaptação muito maior que os modelos fechados predominantes no sistema jurídico<sup>26</sup>. Comuns no sistema de COMMON LAW (o juízo de EQUITY é um dos pilares do sistema), propiciaram ao sistema romano-germânico uma atualização permanente do direito posto, sobretudo nos países onde a construção jurisprudencial tem acompanhado a evolução sócio-jurídica.

A boa-fé apresenta-se sob dois tipos: subjetiva e objetiva.

A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro, ou, então, à convicção justificada de ter um comportamento conforme o direito.

A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam.

A boa-fé objetiva não dá uma regra apta a ser aplicada a cada caso particular, mas exige um juízo valorativo que o tempo e o espaço determinam; é pois esta boa-fé que importa ao Direito.

A interpretação segundo a boa-fé promove a realização da justiça contratual.

---

<sup>26</sup> Franz Wieacker. El Principio General de la Buena Fe. Madrid, 1986, p. 98.

As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito. O regime jurídico definido é o da nulidade e não qualquer outro, como o da ineficácia.

O direito cominou-lhe o grau mais elevado de invalidade, pois a proteção ao aderente se opera acima dele.

A nulidade reforça o caráter de ordem pública da proibição<sup>27</sup>: "as cláusulas abusivas são insuscetíveis de convenção e convalidação."

O interesse do lesado é não apenas interesse do aderente, mas da comunidade potencialmente atingida. O efeito da nulidade aí pode ser suscitada judicialmente não só pelo aderente mas também pelo Ministério Público, por associações civis constituídas há mais de um ano e pelas autoridades públicas, através da ação civil coletiva ou inibitória.

Para declarar nulidade de cláusula abusiva, os tribunais, na falta da lei expressa, buscam arrimo nos princípios gerais, como se vê em uma das últimas decisões do extinto TFR sobre a matéria, em 22.2.1989 (Lex JTFR,90:183):

"Nulidade dessa cláusula, porque contrária à matéria de ordem pública."

As cláusulas abusivas atingem uma vasta pluralidade de sujeitos. Por tal razão há de se buscar a tutela jurisdicional, através dos remédios legais preventivos e inibitórios, alcançando diretamente as fontes de abuso, restabelecendo o equilíbrio contratual.

---

<sup>27</sup> Paulo Luiz N. Lobo. Ed. Saraiva, 1991, p. 176/178.

E) DESTRUIÇÃO DA TEORIA DA BASE NEGOCIAL / TEORIA DA IMPREVISÃO CONTRATUAL:

Todo contrato pressupõe um conjunto de circunstâncias objetivas, cuja permanência é indispensável à economia do negócio, que sem elas ficariam descaracterizados, constituindo outra causa de desequilíbrio contratual. Trata-se da *destruição da base negociada*<sup>28</sup>, que tem como defensor Karl Larenz:

*"Essa base do negócio não pode ser tomada senão num sentido restrito: as representações sobre a existência e permanência de certas circunstâncias fundamentais, as quais, sem haverem chegado a integrar o contrato, tem sido feitas base do negócio por ambos os contratantes, ou por um só, sabendo-o o outro, sem repeli-lo."*

O desaparecimento destas circunstâncias fundamentais consiste na alteração da relação inicial de equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, em consequência destas circunstâncias indispensáveis, e justificado tanto à luz do princípio da justiça contratual como do princípio da boa-fé, que se proceda à sua revisão, com reequilíbrio das prestações ou, quando tal não for possível, com resolução do próprio contrato. Indispensável à economia do negócio, esta teoria predomina na doutrina alemã. Para Larenz a base negociada se forma a partir deste conjunto de circunstâncias essenciais, a subsistência do negócio entre as partes.

Othon Sidou<sup>29</sup>, acompanhado por Fernando Noronha, acredita ser a Teoria da base do negócio jurídico a que melhor fundamenta a incidência da teoria da imprevisão no campo da interpretação dos contratos.

---

<sup>28</sup> Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos, Madrid, 1958, p. 14

<sup>29</sup> *Op. cit.* p. 80/120

Alguns doutrinistas estudam e criam teorias sobre a Imprevisão contratual. O estudo da teoria da Imprevisão tem conquistado os mais ilustres juristas. Nas relações hodiernas, a *pacta sunt servanda*, já não acompanha o sistema de vida atual nem a ele se aplica. O Estado cada vez mais intervém de forma incisiva na atividade privada, criando leis imperativas ao invés de supletivas. O Estado, através do Poder Judiciário, deverá intervir nos contratos, sempre que ficar evidenciada a disparidade entre um contratante e outro, sob pena de a iniquidade tornar o Direito uma coisa sem fundamento.

### 3. A JUSTIÇA CONTRATUAL:

A cláusula "*rebus sic stantibus*" ou a moderna teoria da imprevisão decorreria da própria Equidade, ou seja, da Justiça, pois o magistrado, na sua árdua função de realizar o Direito, posto em contato com o caso prático, pelo inato e irresistível desejo de evitar a iniquidade, não pode fugir à natural tendência de humanizar a lei. Arnaldo Medeiros da Fonseca<sup>30</sup>, defende a completa dicotomia entre os institutos, dizendo que imprevisão e caso fortuito ou de força maior são duas noções distintas na sua essência, com fundamentos jurídicos, conduzindo, por vezes a efeitos diversos. Quanto ao domínio de aplicação, a Imprevisão tem um alcance muito mais limitado e restrito do que a noção do caso fortuito ou de força maior.

A diferenciação do caso fortuito e da imprevisão há de ser ressaltada, ante a corrente doutrinária que procura confundir os institutos, vendo na

---

<sup>30</sup> Repertório Enciclopédico do Direito Bras. Vol. IX, p. 7.

imprevisão apenas uma espécie atenuada do caso fortuito, caracterizada pela impossibilidade relativa ou onerosidade excessiva que a envolve.

No direito pátrio o *Codex Civilis* não consagra expressamente a adoção da cláusula *rebus sic stantibus* ou Imprevisão, contrário do art. 1091 do Código Civil, que procura negar o instituto:

"A impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição."

Abre-se porém uma porta: a invocabilidade da imprevisão, pela qual, regulamenta o art. 1092 do Código Civil:

*"Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da outra.*

*Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la."*

O Código alude que se a parte prejudicada quiser, pode, através do Poder Judiciário, pedir a intervenção jurisdicional; no contrato, não deixar de ser a teoria da imprevisibilidade aplicada em sentido estrito.

O Instituto da teoria da Imprevisão não foi, dentro da "Lex Nacional", eleito como regra expressa, como já procuramos demonstrar, em elenco prestigioso de doutrinadores como Caio Mário da Silva Pereira e Arnaldo Medeiros da Fonseca como garantem que este princípio está implícito em nosso ordenamento.

Embora o Código Civil brasileiro não disponha de qualquer regra que consolide a teoria da imprevisão, deixa brechas, na lei de Introdução do Código Civil, nos seguintes ordenamentos:

*"Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."*

*"Art.5º. Na aplicação a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."*

Os dispositivos supra, dão margem a que o juiz possa aplicar o princípio *rebus sic stantibus*, adaptando o princípio a casos não previstos na lei positiva.

Na doutrina e na jurisprudência se vai aceitando e afiançando, vagarosamente, o princípio da revisão contratual pelo Poder Judiciário, com a finalidade de estabelecer a revisão de cláusulas injustamente impostas, reduzindo as penas excessivas, equacionando-se em proporção às conseqüências danosas advindas. Em face da injustiça do convencionado, do desequilíbrio evidente da ruína, ao *juiz* é concedida a faculdade e tarefa de rever o contrato, quando acontecimentos imprevistos ou imprevisíveis modificarem as circunstâncias que o vínculo obrigacional havia formado.

Do mesmo modo que o erro libera, como vício da vontade, a imprevisão, que só é possível de verificar-se posteriormente, deve desligar o contratante da inflexibilidade da letra contratual.

O direito é vida, e busca na Eqüidade o caráter supletivo de habituar a norma à realidade; o meio muda por influência de fatores políticos, econômicos etc, e a lei terá que acompanhar o conclave das práticas sociais.

Não podemos esquecer que em todos os tempos e em todas as coisas, em especialmente no Direito, deve ser observado o "princípio da eqüidade", como norteadora dos juizes para bem julgar em casos concretos e estabelecer a *justiça contratual*.

Como pressupostos da Justiça Contratual, a Justiça formal e a Justiça substancial objetiva longe estão de terem sido aprofundadas por este trabalho; as referências feitas visam dar noção da vasta amplitude de atos que permeiam as relações contratuais, e que cotidianamente se consolidam através dos fatos que impulsionam a dinâmica contratual em busca do equilíbrio, da equivalência, do justo e do razoável dentro do negócio jurídico.

Dissertar sobre a evolução da Justiça Contratual torna-se difícil, depois de verificarmos que nosso direito pátrio, de um país tão rico de intelectualidade, esbarra em leis desajustadas ao anseio social. Nem tudo, porém, encontra-se em posição estática: a renovação teórica, em busca da realização do princípio da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais, leva-nos a uma nova concepção, expressamente colocado no Código de Defesa do Consumidor, um dos mais modernos instrumentos jurídicos do direito brasileiro.

Esta norma geral positivada no Código de Defesa do Consumidor conduz a jurisprudência brasileira a examinar, a partir de sua entrada em vigor, o conteúdo de todos os contratos de consumo a ela apresentados, para decretar a nulidade absoluta das cláusulas, conflitantes com os atuais critérios de boa-fé e equilíbrio nos contratos.

O novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores.

O art. 6º do Código de Defesa do Consumidor traz uma novidade: almejada pelos civilistas, em seu inciso V, não só permite que o Poder judiciário modifique as cláusulas contratuais abusivas, como prevê a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente

onerosas para o consumidor, positivando assim, pelo menos para o consumidor, a teoria da IMPREVISÃO.

No Código de Defesa do Consumidor, a justiça contratual surge como garantia de acesso a um consumo digno, e desta forma, os instrumentos jurídicos que buscam a justiça nos contratos, inspiram-se no princípio da autonomia da vontade, que supunha serem os homens livres e iguais por natureza.

Nota-se que a teoria de Rawls influenciou a linha de formação do CODECON - Código de defesa do Consumidor.

As mutações sociais ocorridas com o industrialismo e massificação foram gerando uma resistência à moderna ciência jurídica, contra a rigidez legal. Diante da manifesta injustiça contratual, baseada no egoísmo individualista e econômico, que atentava e ainda atenta contra os interesses essenciais da comunidade. A liberdade era incompleta e irreal, e a igualdade meramente teórica, em decorrência da inferioridade econômica de uma das partes da relação obrigacional.

A experiência demonstrou que os contratos não eram justos; que, freqüentemente, consagra-se o aniquilamento do fraco, pelo forte. E se um dos contratantes pode impor sua vontade ao outro, o contrato expressará apenas a lei do mais forte.

A partir da cunhagem da nova concepção humanista e solidária, e da intervenção do Estado, através de soluções legislativas, judiciais e administrativas, para que os contratos se conformem ao bem comum, os princípios essenciais da Justiça e da ordem pública, objetivam destarte recompor o equilíbrio no âmbito do interesse social.

É desafio ao nosso Brasil, o fortalecimento dos sistemas de proteção jurídica, e deve ser meta conjunta do ESTADO e da COMUNIDADE, organizados através de formas de participação social, com ênfase especial

para os setores economicamente menos favorecidos, já que os contratos é que regulam a economia. Devem objetivar o equilíbrio, em especial naquelas relações em que aflorem técnicas espúrias, comprometedoras da justiça contratual.

Ressalta o trabalho que a Justiça Contratual traduz a idéia de equilíbrio, e que a legitimidade dos direitos e obrigações entre as partes, passa pelo comprometimento da liberdade de contratar, colocando-a no contexto de contratar formal e contratar substancial. E, verificado que a mudança social coloca em discussão o aprimoramento do positivismo jurídico, qual será o alcance do princípio da justiça contratual? Será possível estabelecer o justo preço? o justo salário? o justo lucro? quando cessam os lucros abusivos?

Creemos que somente as partes destas relações terão condições de abalizar as condições justas de seu contrato. Mas para que isso ocorra, é necessário que o Estado forneça instrumentos adequados de avaliação, através das leis, do judiciário e dos próprios costumes legais, econômicos e sociais.

As mudanças no direito constituem-se, pois, no resultado das várias combinações possíveis de fatores históricos. Como tais combinações jamais podem ser explicadas em termos de simples processos causais, haverá sempre dependência da correlação de forças entre a sociedade e as estruturas sócio-econômicas e instituições jurídicas, e se o processo não ocorrer ajustado dentro deste contexto, dificilmente o equilíbrio entre as partes existirá, porque sempre haverá um forte e um fraco.

A doutrina jurídica forma as diversas teorias sobre Justiça e direito e para finalizar este capítulo, buscamos nos contemporâneos doutrinários, sinteticamente, a idéia de cada um sobre Justiça, pois o que

pensavam os clássicos já foi referência neste trabalho, ficando explícito que ainda influenciam as teorias atuais.

ALF ROSS<sup>31</sup>, in *Sobre el derecho Y la justicia*, pondera:

*"A Justiça como princípio do Direito, delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses na vida social da comunidade.*

*A Justiça é a aplicação correta da norma, em contraposição à arbitrariedade. A exigência formal dos contratos e o critério material, são fórmulas de se chegar a equidade e conseqüentemente alcançar a justiça."*

Para o supra referido jurista, a exigência de igualdade deve ser entendida de maneira relativa. Ele quer expressar, com esta afirmação, que os iguais devem ter o mesmo tratamento; demonstra que a idéia de justiça não está dirigida de forma absoluta a todos, sem as devidas distinções, pois desta forma o injusto, por conseqüência, estaria implícito, e a formulação da teoria juridicamente prejudicada e vazia.

Com o cientificismo, que lhe é marcante, vislumbramos num artigo de KELSEN<sup>32</sup> seu pensamento sobre *Justiça*, que tem a seguinte expressão:

*"Se algo podemos aprender das experiências intelectuais do passado, é que a razão humana só pode aceder a valores relativos. E isto significa que não pode emitir-se um juízo sobre algo que parece justo com a pretensão de excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário. A justiça absoluta é um ideal irracional, ou, dito por outras palavras, uma*

---

<sup>31</sup> Alf Ross. *Sobre el Derecho Y La Justicia*. Ed. UBA, 1958.

<sup>32</sup> Kelsen, Hans. *Qué es Justicia?* Ariel, Barcelona, 1982, p. 59.

*das ilusões eternas do homem. Do ponto de vista do conhecimento racional, não existem mais que interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses. A solução destes conflitos pode encontrar-se satisfazendo um interesse em detrimento do outro ou mediante um compromisso entre os interesses em luta. É impossível demonstrar que só uma das soluções é justa. Uma ou outra podem ser justas conforme as circunstâncias."*

(KELSEN, Hans: *Qué es Justicia?*, p. 59 - Ariel, Barcelona / Caracas / México, 1982).

Kelsen coloca sua posição dizendo que não sabe afirmar o que seja esta Justiça absoluta, almejada pela humanidade, porém aceita a existência de uma Justiça relativa; entende Justiça como problema da ordem social.

A negação dos valores dentro da ciência Jurídica alcançou o conceito de Justiça até os primeiros meados do século XX. Hoje trabalhos e estudos sobre o problema da Justiça ocupam no ordenamento jurídico posição privilegiada, conforme ficou demonstrado neste capítulo. A intervenção estatal no domínio econômico, as alterações do comportamento social, fazem com que a concepção de justiça esteja presente entre os juristas, juízes, legisladores e detentores do poder.

Em RAWLS<sup>33</sup> encontramos um dos pensamentos contemporâneos dedicados ao problema da Justiça. Com seu livro *Uma teoria de Justiça* elabora, inclusive, uma Teoria que adota Justiça contratual como base.

Rawls entende como princípio de justiça a Equidade, para formação da teoria dos contratos.

---

<sup>33</sup> *Op. cit.* p. 36.

O autor referido nos faz as seguintes colocações<sup>34</sup>:

*"O mérito da terminologia do contrato é de levar a idéia de que princípios de justiça devem ser concebidos como princípios escolhidos por pessoas racionais, podendo então desta forma, a conceituação de justiça ser explicada e justificada. A teoria de justiça é, talvez, a parte mais significativa da teoria da escolha racional. Além disso, os princípios de justiça lidam com reivindicações conflitantes entre os ganhos de vantagens devidos à cooperação social; eles se aplicam às relações entre várias pessoas ou grupos. A palavra 'contrato' sugere esta pluralidade tanto quanto a condição que a divisão apropriada das vantagens deva estar de acordo com os princípios aceitáveis por todas as partes."*

Para facilitar a visualização das condições relevantes para formação do princípio de justiça, Rawls imagina uma situação fictícia que chama de Posição Original<sup>35</sup>:

*"Tenho tido que a posição original é um STATUS QUO inicial apropriado, que garanta o acordo, nele encontrado, seja eqüitativo. Esse fato leva o nome de 'justiça como eqüidade'. Fica claro então, que acho que um conceito de justiça é mais razoável do que outros, ou pelo menos mais justificável, caso as pessoas racionais na situação inicial escolhessem princípios e não outros para fazerem o papel de justiça." (pg.37)*

A obra de Rawls inclui uma variedade de temas, mas sua preocupação ocorre com a **Sociedade** estável. Por essa razão criou uma teoria calcada no Princípio da **Justiça**. Ele encontra na teoria contratualista o

---

<sup>34</sup> *Op. cit.* p. 253/292.

<sup>35</sup> *Op. cit.* p. 253/292.

alcance do avanço da sociedade para a igualdade democrática, baseada no consenso, o que evidentemente lhe trouxe cerradas críticas.

Justiça contratual em todos os tempos é a representação da Balança de braços equilibrados. Embora este tema não encontre muitas publicações a respeito, sempre esteve presente entre as preocupações dos juristas, por estar intimamente ligada à evolução econômico-social. Enquanto existir oprimidos e opressores nas relações, a justiça emergirá em busca do equilíbrio, da equivalência.

Para finalizar este capítulo, não poderia deixar de arrolar a análise, feita por Osvaldo Ferreira de Mello, apresentado na revista Seqüência n° 19, p. 56, sobre Justiça com base no pensamento contemporâneo:

#### JUSTIÇA É:

*"O esforço desenvolvido na busca de critérios de racionalidade para trabalhar com o valor justiça não se constitui em utopia. É tarefa realizável e muito conseqüente. Sem tal esforço não se conseguirá superar as ideologias que têm freado os avanços do direito, então confundido tão só com expressões linguísticas de dever-ser.*

*A Política do direito resgata o valor justiça para a justificação da norma, da qual se exigirá validade material além da validade formal.*

*Esse poder que tem o valor da justiça de conferir validade material à norma (desde que não seja ela meramente norma de utilidade) faz dessa categoria não mais uma expressão ideológica ou transcendente, mas o critério de uma nova racionalidade capaz de produzir efeitos positivos no campo da teoria e da praxis político-jurídica".*

Por tudo que foi exposto, notamos que é arriscado deixarmos um dos princípios mais ricos, para a evolução do direito, fora da Ciência

Jurídica. A realidade social encaminha o homem a se solidarizar, e conseqüentemente, para que isso ocorra, a Justiça terá que alcançar sua plenitude, principalmente no Direito, onde começa o próprio homem.

"Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia que encontrares o direito em contradição com a justiça, luta pela justiça." afirma Eduardo Couture.

Na atualidade, a Sociedade tem procurado o equilíbrio contratual cada vez mais, pois o aumento do problema sócio-econômico decorre da monopolização da economia que dirige o contexto capitalista.

Este trabalho procura trazer à análise de um dos segmentos econômicos de maior impacto dentro do Estado, por ser esta entidade uma das causadoras da transformação conceitual de contratar. Contemporaneamente existe o consenso de que as instituições financeiras privadas ou públicas são agentes perfeitos de um capitalismo selvagem. Agem no mercado de capitais de forma a controlar toda a economia.

Esta desconformidade entre o forte e a sociedade economicamente dependente muitas vezes chega ao judiciário para que repare a desigualdade. E cada vez mais o Estado tem entrado no controle destas relações, a fim de estabelecer o equilíbrio e evitar a ditadura dos detentores do poder capital.

No capítulo seguinte a abordagem abrangerá o Sistema Financeiro Nacional e sua sistemática de atuação. Será verificado seu papel na economia, sua importância e sua influência na evolução contratual.

## **IV. CAPÍTULO III**

*AS ATIVIDADES BANCÁRIAS E  
O CONTRATO BANCÁRIO*

1. CONTROLE DO ESTADO SOBRE O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL:

A partir da revolução de 1964, houve no Brasil tomada de decisão a respeito da necessidade de se regulamentar a atividade econômica, quer em relação ao Estado, quer em relação às empresas, segundo os fins objetivados pelo governo na sua política. A intervenção do Estado na ordem econômica já se fazia sentir desde a Carta Constitucional de 1937, conforme a filosofia política do Estado Novo, bastando lembrar que o art. 135 desse diploma estatuiu: "Os interesses do indivíduo não são mais importantes do que os interesses da coletividade".

E o art. 141 dispunha:

*"A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequado à sua pronta e segura punição."*

Convertiam-se, assim, os crimes contra a economia popular em matéria de segurança nacional e o seu julgamento competia ao Tribunal de Segurança Nacional, numa demonstração da ênfase colocada no intervencionismo estatal, no campo da economia.

A Constituição de 1946 manteve a linha intervencionista em seu art. 148, repetido pela Carta Constitucional de 1967, autorizando a

"repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros".

Foi sob o regime constitucional de 1946 que apareceu a lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, que foi complementada pela lei nº 4.728 de 14 de julho de 1965, conhecida pelo nome de Lei do Mercado de Capitais. Esta lei trouxe importantes inovações, dispendo a respeito do Sistema Financeiro Nacional, extinguindo o Conselho da SUMOC (Superintendência da Moeda e do Crédito) e criando o Conselho Monetário Nacional, ao qual conferiu poderes para orientar a política econômica e financeira do país, com os objetivos principais de combater a inflação, promover o desenvolvimento, equilibrar o balanço de pagamentos e moralizar as instituições, aperfeiçoando os instrumentos financeiros, sem esquecer o equilíbrio orçamentário interno e suas implicações. Ao Banco Central, que substituiu a SUMOC, foi confiada grande parte dessa importante tarefa.

As instituições financeiras foram estruturadas em novas bases, quanto ao seu funcionamento, tanto as públicas quanto as privadas, devendo estas, com exceção das cooperativas de crédito, constituírem-se exclusivamente sob a forma de sociedades anônima.

Com o advento da Constituição de 1988, a intervenção estatal tem sido objeto de profundas discussões no mundo acadêmico, havendo quem sustente o surgimento de uma nova ordem econômica, uma nova sociedade, que não é a capitalista ou socialista, devido à demolidora intervenção do Estado na economia, na determinação dos salários, preços e lucros pelo mercado, a intervenção nos contratos, embora seja mantida a propriedade privada e o sistema de Mercado de Capitais.

Os privilégios de propriedade deixam de incluir o direito e a capacidade de tomar decisões sobre o direcionamento dos recursos privados,

considerados na economia capitalista como prerrogativas do titular do capital. Até mesmo o direito de auferir lucro é cercado de restrições.

A promulgação da nova Constituição Brasileira de 1988, desencadeou uma grande celeuma em torno da interpretação e da aplicabilidade, imediata ou não, de vários de seus dispositivos.

Entre as normas de alcance controvertido está o art. 192 da Constituição Federal, única disposição do capítulo referente ao Sistema Financeiro Nacional. Particularmente, discute-se a aplicabilidade imediata ou não de seu parágrafo 3º, no qual se prevê um limite máximo para juros "reais". A estruturação econômica está básica e especificamente contida no Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira". Este Título compreende quatro Capítulos, respectivamente, "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica", "Da Política Urbana", "Da Política Agrícola e Fundiária e da reforma Agrária", e "Do Sistema Financeiro Nacional". Tal distribuição já revela preocupação em disciplinar de modo aprofundado determinadas atividades econômicas, a saber, a relacionada à propriedade territorial urbana, a relacionada à propriedade rural, e, enfim, ao setor financeiro, que compreende um único e longo artigo, o 192, que dispõe:

*"Art. 192. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:*

*I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;*

*II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador;*

*III - as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:*

*a) os interesses nacionais;*

*b) os acordos internacionais;*

*IV- a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;*

*V - os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;*

*VI - a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;*

*VII - os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;*

*VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.*

*1º A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.*

*2º Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.*

*3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar."*

O art. 192 da Magna Carta, inequivocadamente se apresenta como norma de estruturação, embora o "caput" faça previsão de lei complementar regulamentadora do sistema financeiro nacional, de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade.

Tendo em vista toda a complexidade que envolve a atividade das instituições financeiras, são muitas as leis que limitam a atividade. Os bancos assumiram funções econômicas e sociais de alto relevo no mundo presente.

Em geral, todos os ordenamentos legais contemporâneos colocam a atividade bancária sob controle. No Brasil, o exercício da atividade é controlado e fiscalizado pelo Estado, através do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. As razões desta intervenção, além da própria política ser burocrática, é que os bancos trabalham com a concessão de crédito e se não sofrerem o controle e restrições na sua forma de atuar, podem tornar-se uma grande arma contra a comunidade, através do monopólio e abuso arbitrário do Poder capital. Hoje, com todo o controle existente, as arbitrariedades e monopólios existem e acontecem e se sobrepõem como inatingíveis.

## 2. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS:

Basicamente, as atividades produtivas que movem o país necessitam de crédito, tornando os Bancos um dos principais instrumentos de impulso do progresso, nos mais variados setores da economia.

Para funcionar, o banco necessita manter o recolhimento estável de depósitos, ter ampla carteira de concessão de empréstimos, conceder aberturas de crédito, financiar aquisição de bens, dirigida sempre que possível, para as operações de massa, o que inevitavelmente resultar em lucro.

Exatamente em razão dessas peculiaridades, existem alguns aspectos essenciais que devem ser observados e dentre estes constam:

a) O aspecto econômico, por ser a operação bancária uma prestação de serviços de crédito ao público, visando vantagem financeira;

b) O aspecto jurídico, para que ocorra a prestação de serviços creditícios, deverá existir um acordo de vontade, o que classifica todas as suas operações um verdadeiro contrato.

Hoje em dia, a doutrina tem endereçado seus estudos ainda que de maneira acanhada, aos contratos bancários, destacando suas peculiaridades, que através dos tempos têm alterado a forma e o conceito de contrato. Em matéria bancária os usos e costumes constituem fonte secundária do direito, exercendo uma função normativa subsidiária.

Criam normas que se impõem na contratação bancária em caráter massivo. O costume é fonte complementar de expressão do direito, assume grande importância no âmbito bancário, pois no ordenamento vigente no país, poucas são as normas legislativas que firmam critérios sólidos em relação aos contratos.

Para que os usos e costumes sejam reconhecidos diante da prática bancária, exige-se que devam:

- a) ser praticados de maneira uniforme e reiterada pelos bancos;
- b) ter duração relativamente longa, o suficiente para que se evidencie a sua tácita aceitação pela coletividade;
- c) guardar conformidade com os princípios de boa-fé e máximas comerciais;
- d) ser compatíveis com a legislação vigente.

Joaquin Garrigues<sup>36</sup>, ao dissertar sobre a importância dos costumes nas práticas bancárias dispõe:

*"A formação dos usos bancários deriva, umas vezes, de práticas profissionais que dominam tacitamente a conclusão dos contratos bancários, de tal sorte que, ante o silêncio dos contratantes, deve entender-se que estes tenham querido seguir tais práticas; funciona o uso nessas ocasiões como meio de interpretação, completando a declaração de vontade, obscura, insuficiente e defeituosa e, em tal sentido, enquanto pressupõem uma vontade contratual, os usos prevalecem sobre as leis que tenham caráter dispositivo. Outras vezes, os usos se condensam nas condições gerais elaboradas unilateralmente pelos Bancos, caracterizando-se neste caso por estarem inspirados nos interesses particulares do Banco ou grupo de Bancos que as redigiram, sem que isso obste a validade do uso."*

Este fenômeno se manifesta, também, nas grandes empresas, como as de seguro, transporte, as que operam diretamente com a massa. No Brasil, as operações bancárias não são reguladas especificamente. Além dos

---

<sup>36</sup> Joaquim Garrides. Contratos Bancários. Madrid, 1958, p. 17.

normativos esparsos existentes, vigem outras regras emanadas do sistema controlador, e a par destas, existem outros meios de controle na aplicação ou interpretação das cláusulas contratuais: são as condições gerais, a doutrina e jurisprudência. Estes instrumentos são mais utilizados como regras hermenêuticas dos contratos bancários.

Os bancos através dos contratos realizam com seus clientes uma série de atos que também são conhecidos como operações bancárias ou negócios bancários, para Garrigues<sup>37</sup>: *"El contrato bancario es la vestidura jurídica de la operación bancaria"*.

Sergio Carlos Covello<sup>38</sup>, quando faz referência à hermenêutica dos contratos bancários, dispõe que como todo o ato jurídico, também o contrato bancário exige interpretação que vislumbre que as partes, de maneira sistemática e metódica, desejavam avançar, além da manifestação da vontade, há de conter no instrumento jurídico a vontade comum das partes.

Os Bancos são "experts", na prefixação de cláusulas contratuais, olvidando sempre o princípio da vontade comum de contratar.

O Código Comercial pátrio no seu art. 130 consagra o princípio de interpretação de que:

"...as palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa."

E este instrumento firmou as seguintes regras de interpretação das cláusulas contratuais:

*"Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das*

---

<sup>37</sup> *Op. cit.* p. 32.

<sup>38</sup> *Contratos Bancários*. Ed. Saraiva, 2 ed. 1991.

*regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:*

- 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;*
- 2. as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;*
- 3. o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;*
- 4. o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;*
- 5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor."*

Neste trabalho, quando em referência a justiça contratual, destacou-se o princípio da boa-fé, em que a Justiça aparece com o interesse de harmonizar as vontades dos participantes do negócio jurídico, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações contratuais.

Assim, quando o agente esteja de má-fé, ele será obrigado a reparar todos os danos que haja causado, sem direito a cobrar-se de eventual enriquecimento que a sua ação haja proporcionado ao lesado.

Os bancos realizam várias operações bancárias que, para cumprir as suas finalidades econômicas, precisam diversificar. Isso ocorre de acordo com as especialidades de cada instituição.

Essas operações poderão ser classificadas como contratos, obedecendo os seguintes critérios:

a) Operações ativas: são aquelas que os bancos praticam na qualidade de credores. Em tal caso, empregam eles não apenas o seu capital, como também o numerário recebido de terceiros, que passa à sua propriedade por se tratar de coisas fungíveis. Aplicando esse numerário, os bancos cobram taxas de juros e outros encargos.

As principais operações ativas dos bancos são os empréstimos, os descontos de títulos de terceiros, as antecipações, as aberturas de crédito e as cartas de crédito.

b) Operações passivas: nas operações passivas, os bancos se tornam devedores dos seus clientes, desses recebendo numerário pelo qual ficam responsáveis. Tratando-se de coisas fungíveis, a propriedade desse numerário passa para os bancos, que se obrigam a devolver não as mesmas coisas, mas coisas do mesmo valor, qualidade e quantidade. Como operações passivas se encontram os depósitos à vista, depósitos a prazo.

c) Operações acessórias: dizem-se das que o banco realiza para a prestação de serviços que pode executar com maior segurança do que o particular. As principais são a custódia de valores e o aluguel de cofres.

O depósito e o empréstimo constituem a principal razão de ser dos bancos. As relações entre banco e cliente comportam direitos e obrigações, visando precipuamente a intermediação do crédito, que constitui o objeto e a razão de existir dos contratos.

A própria conta corrente bancária, de conformidade com a conceituação de Carvalho de Mendonça<sup>39</sup>, "...é um contrato "sui generis", pelo qual os contraentes remetem, reciprocamente, dinheiro ou valores, não

---

<sup>39</sup> Contratos no Direito Comercial. Rio, Freitas Bastos.

destinados a emprego determinado, mas em plena propriedade e sem obrigação de ter o equivalente à disposição do remetente, a fim de serem mutuamente creditados, liquidando-se as operações de uma só vez, nas épocas convencionadas, pelo saldo final."

Esta operação é integrante das operações passivas, considerada depósito à vista.

A concessão de crédito é, portanto, uma operação ativa, que envolve múltiplas formas, que em última análise se resumem no mútuo, cujas regras se aplicam a todos os tipos.

Dispõe o Código Civil em seu art. 1.256, que:

"o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade ."

A negociação de crédito das instituições financeiras tem por objeto o dinheiro, que é oneroso e mercantil, dispõe o Código Comercial, em seu art. 247, que:

"O mútuo é empréstimo mercantil, quando a coisa emprestada pode ser considerada gênero comercial, ou destinada a uso comercial, pelo menos o mutuário é comerciante."

Ora, dada a qualidade de empresário do mutuante (instituição financeira ou equiparado) e a inevitável incidência de juros e correção monetária no mútuo, tornou-se ele figura eminentemente mercantil .

Fácil compreender-se, em uma economia de tendência inflacionária como a nossa, a necessidade constante dos empresários em matéria de capital de giro; por isso recorrem aos bancos, a quem tomam dinheiro em mútuo, sendo que na esteira da ilegalidade dos altos juros, as entidades bancárias praticam em nosso país quando módicos, juros de 30% a.a., mais correção monetária, mais taxas de permanência, mais taxa de

serviços; enfim, uma gama de cobranças, ao arripio do Decreto n° 22.626/33 (Lei de Usura), lei n° 1.521/51 (economia popular) e Código de Defesa do Consumidor, diplomas esses que estão em vigor.

Embora tenha sido liberada a taxa de juros para os Bancos, através da Lei 4595/64, esta lei é flagrantemente no que diz respeito a este aspecto, inconstitucional. Eis que fere o princípio da isonomia, pelo qual todos deverão ser considerados iguais perante a lei, além do que no art. 192 da Magna Carta de 1988, os juros reais máximos permitidos são de 12% a.a., ainda em discussão no STF.

A matéria de mútuo bancário, conforme art. 4° da Lei 4595/64, fixa atribuição do Conselho Monetário Nacional, fixar taxas de juros de operações ou serviços bancários. Desde que se determinou tal competência, a limitação necessária ao mercado de capitais, parte do CMN.

Esta preventiva e incisiva atribuição reservada ao Conselho Monetário Nacional (CMN), demonstra que as partes envolvidas, mutuante e mutuário, não estão suficientemente livres para estipularem nas avenças, pois estas devem se submeter incondicionalmente às determinações daquela autoridade. Esta interferência na autonomia da vontade é justificada pela supremacia da ordem e interesse públicos, tendo em J. M. Othon Sidou<sup>40</sup>, o seguinte entendimento quanto ao intervencionismo do Estado na formação dos contratos:

*"A lei não pode permitir que o indivíduo seja absolutamente livre para contratar porque se o permitisse ele agiria, por índole, no interesse próprio, não no interesse social, e aquele que assim não procedesse constituiria decerto um caso sintomático à luz da psicanálise. Portanto, o indivíduo agiria, sempre, em detrimento da ordem jurídica."*

---

<sup>40</sup> A revisão judicial dos contratos e outras fig. jurídicas.

A justificação da intervenção do Estado, na relação contratual, dá-se quando uma das partes se veja na contingência de ter que se submeter à vontade da outra.

Josserand<sup>41</sup> aborda que o dirigismo tornou-se necessário, porque com o progresso e desenvolvimento na indústria e comércio, os contratos se tornaram inumeráveis, as condições da vida moderna fizeram surgir novas categorias contratuais, cláusulas engenhosas aparecem a todo momento. A própria técnica dos contratos se modificou, dando ensejo ao aparecimento do contrato de adesão, "cliché"<sup>42</sup> reproduzido ao infinito sem discussão pelo aderente e de rendimento ótimo ao predisponente.

A natureza dos contratos de crédito bancário, em todos os seus aspectos, são de contrato de adesão.

Com realismo, observa Luiz Zenun Junqueira<sup>43</sup>:

*"O contrato bancário contém mesmo inúmeras cláusulas redigidas prévia e antecipadamente, com nenhuma percepção e entendimento delas por parte do aderente efetivamente é do conhecimento geral das pessoas de qualidade média, os "contratos bancários" não representam natureza sinalagmática, porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente, com relação ao suposto conteúdo jurídico, pretensamente convencionado com o credor."*

São também chamados contratos de massa, pela técnica usada.

Pelo fato de uma parte permitir que a outra "contrate", em estado de desespero total, contraprestações intoleráveis e onerosíssimas, sujeitando-a a toda e qualquer sorte de cláusulas unilateralmente

---

<sup>41</sup> Josserand, Louis. *Op. cit.* p. 06.

<sup>42</sup> Cliché: impresso aos milhares.

<sup>43</sup> Natureza jurídica do contrato bancário. *Ajuris*, 42/212.

preestabelecidas, comprova-se o "quantum satis": que ao credor interessa, sobretudo, a penúria do devedor, quando lhe impõe assim obrigações desproporcionais, injurídicas e anti-sociais.

Cresce nos últimos tempos uma forte ressalva aos empréstimos bancários. Predomina a idéia de que as dívidas junto a bancos levam à insolvência.

Geralmente os interessados em contratar um mútuo sequer lêem as cláusulas impressas.

### 3. DIRIGISMO CONTRATUAL e OUTRAS FORMAS DE CONTROLE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade.

Na sociedade de hoje, com seu sistema de produção e de distribuição em grandes quantidades, o comércio jurídico se despessoalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandarizados, predominam em quase todas as relações contratuais, principalmente entre os bancos e os seus clientes.

Mas, se há que reconhecer ser inevitável o fenômeno da massificação dos contratos, há de aceitar-se que os contratos padronizados estão aí com a intenção de ficar, e que neles raramente haverá equilíbrio e reciprocidade entre as partes, tal não significa que a Sociedade, responsável pela eficácia das normas, não venha lutar contra essa prática espoliativa, desequilibrada e injusta. Pelo contrário, haverá de procurar meios que eliminem, ou pelo menos que reduzam, as técnicas causadoras das desigualdades das partes. Para evitar ou, ao menos, minimizar a desigualdade, hoje a intervenção estatal, embora não eficazmente, procura proteger e amparar os menos favorecidos. É o que se processa através do dirigismo contratual.

Os principais problemas jurídicos que os contratos padronizados suscitam, podem ser divididos em duas categorias:

Primeiro: As condições gerais que deveriam ser integrantes dos contratos, em geral estão fora dos instrumentos contratuais; constam de

avisos pré-fixados nos estabelecimentos, em *folders* às vezes, nem sempre em letras microscópicas;

Segundo: Os contratos já padronizados raramente são lidos, geralmente estão escritos em linguagem normalmente inteligível só para entendidos e as pessoas pressupõem ser inútil a leitura, porque de momento não seria possível modificar cláusula alguma. É neste contexto, da validade ou não de todas as cláusulas integrantes de contratos padronizados, que se encontram inseridas as cláusulas abusivas, e em especial encontradas nos contratos de adesão, onde reduzidas ficam as obrigações da parte que as redige, e ampliadas unilateralmente as obrigações da parte que se obriga, o que origina total desequilíbrio entre elas, em benefício do contratante economicamente mais forte.

O princípio de que todo contrato é lei entre as partes, diante da convulsão social existente, tende a ceder terreno as expansões intervencionistas do Estado Moderno, para dar lugar à concepção do contrato dirigido, em que a vontade tende a se resumir na simples razão, entre requisitos e condições previamente padronizados. O que causou o declínio da teoria da autonomia da vontade, foi o esquecimento de que a lei, está na origem de todos os direitos subjetivos, inclusive o de contratar, e por outro lado o abuso da liberdade de contratar e por último as necessidades de uma economia planejada. Consentini<sup>44</sup>, ao dissertar sobre o dirigismo contratual, nos coloca que a liberdade não deve ser o princípio supremo dos contratos. Para que o contrato possa ser livremente concluído, é necessário repartir, eqüitativamente, a liberdade entre os contratantes.

A igualdade deve, por conseqüência, ser o corretivo da liberdade, mas igualdade efetiva, não por puro princípio.

---

<sup>44</sup> La Reforme de Legislation Civile. p. 273 e segs.

Através de Sergio Covello que invoca Cretella Júnior<sup>45</sup> para fazer menção sobre a intervenção estatal:

*"A figura do contratado, vem sofrendo inúmeras modificações e metamorfoses neste últimos cinquenta anos. Profundas transformações de natureza econômica, verificadas em épocas posteriores à II Guerra Mundial, determinaram desnível cada vez maior entre as partes contratantes, a ponto de o livre consentimento, de antes, passar a ser, na maioria dos casos, um simples aceitar, em bloco, sem discussões, o conjunto de cláusulas apresentadas pelo economicamente forte ao economicamente fraco. Para evitar a exploração deste último pelo poder que administra, surgiu um princípio de intervenção entre as partes impedindo o desequilíbrio cada vez mais acentuado e assinalando nova época, bastante característica na história do direito."*

A corroboração de tais influxos tornou público o contrato em benefício não só do indivíduo mais fraco, como também para a coletividade em geral, na medida em que o Estado favorece o devedor em relação ao credor, o empregado em relação ao empregador, o consumidor em relação ao fornecedor, está contribuindo para dar bases mais sólidas à coexistência pacífica, que é o alvo imediato do direito.

Nas relações entre o banco e os clientes, o banco é sempre mais favorecido e forte, tanto pela sua condição econômica quanto pela própria natureza da atividade que exerce. Caso não houvesse interferência estatal na ação dos bancos, como defendia o liberalismo econômico, o Estado estaria estimulando o império dos banqueiros, através da exploração do mais fraco.

---

<sup>45</sup> *Op. cit.* p. 47.

A simples leitura dos formulários de contrato bancário revela a existência de condições leoninas acobertadas pelo manto da legalidade, como a conhecida cláusula de outorga de procuração do cliente ao próprio Banco para que este possa emitir cambial a fim de cobrar a dívida de maneira mais rápida e eficaz mediante execução. Por isso se faz necessária a intervenção do Estado na contratação bancária, intervenção esta que no Brasil ocorre por intermédio do Conselho Monetário Nacional. Esta forma de dirigismo é tendência antiga que cada vez mais se vai enraizando no mundo moderno, especialmente no âmbito do comércio bancário, visto que o crédito desempenha importante papel na economia do país.

Caio Mário<sup>46</sup>, que emprega também a expressão intervenção do Estado na vida do contrato "para significar toda esta mudança, insinua a possibilidade de a idéia intervencionista ganhar corpo, atingindo três aspectos principais:

*"A) Às vezes o legislador impõe a contratação, como no caso de definir como delito contra a economia popular a sonegação de mercadoria ou recusa de vender (Lei n° 1.521, de 26 de dezembro de 1951) ou como naquele outro de conceder ao locatário de prédio urbano e prorrogação de aluguel, etc.*

*B) Outras vezes institui cláusula coercitiva, definindo direitos e deveres dos contratantes, em termos insuscetíveis de derrogação, sob pena de nulidade ou punição criminal, como no contrato de trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 9°), ou no de venda de terreno em prestações, em que é vedada a cláusula de rescisão "pleno iure" do contrato (Decreto-Lei n° 58, de 10 de dezembro de 1937).*

---

<sup>46</sup> Instituições de Direito Civil. vol 3, pp. 20/21.

*C) Em outros casos, concede a lei ao juiz a faculdade de rever o contrato, a estabelecer condições de execução, coativamente impostas, caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse a declaração volitiva do interessado."*

Além das normas estatuídas em lei, a jurisprudência é fonte do direito dentro da nova doutrina contratual e também uma forma de intervenção do Estado através do Poder Judiciário.

Uma das grandes polêmicas quanto à eficácia da intervenção estatal na contratação bancária, surge do fato de o Estado ter interesse na lucratividade dos Bancos públicos, comprometendo assim os meios de coerção empregados no controle e fiscalização das Instituições Financeiras, a fim de coibir os abusos econômicos, direcionados contra a massa.

Desde 1930, foi retirada a competência do Poder Judiciário para presidir as falências e contenciosos administrativos de instituições financeiras, passando a bancários do Poder Executivo, a competência de juiz de direito. O bancário banca o juiz e o Banco Central o Tribunal de Justiça. Sem qualquer conhecimento Jurídico da magistratura, nem isenção, eis que passam a julgar os próprios atos.

É inevitável que no dirigismo contratual cogente não venha implícito o interesse do Estado como administrador, portanto como predisponente contratual dominante.

Por exemplo: no Brasil os contratos de financiamento com garantia hipotecária, e os planos de mútuo para a obtenção de unidades de planos habitacionais tem como financiador o órgão estatal, hoje a Caixa Econômica Federal, que cumpre os normativos baixados pelo Banco Central do Brasil. Um dos fundos que sustentam os empréstimos para aquisição da habitação é o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, de propriedade da população assalariada deste país.

Em verdade a Caixa Econômica Federal passou a cumular a condição de agente e de gestora, sendo que na última posição, na qualidade de sucessora do extinto BNH.

Destas transações provêm reflexos nítidos; por um lado, o poder legisferante, não procedendo da mesma inspiração e sim de inspirações antagônicas; doutro lado, a sociedade aspirando pelo direito de moradia, soam incompatíveis com os objetivos propaladas de bem-estar social.

O Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica e como participa na economia de mercado, corre o risco de tornar o sistema legal do país totalmente ineficaz.

José Eduardo Faria<sup>47</sup> disserta que :

*"O Estado modernizador adota uma estratégia peculiar; ele respalda-se na aparente neutralidade técnica dos interesses que organiza, procurando aliviar as inúmeras agências da administração direta ou indireta de pressões que elas podem suportar, sob risco de alteração das taxas de poupança e comprometimento de sua eficácia gerencial.*

*Quanto mais tal aparelho transforma códigos e leis em simples mecanismos destinados a avançar racionalmente em direção a metas específicas, paradoxalmente mais ele aumenta o risco de uma politização total de toda a vida social."*

O dirigismo limita a liberdade contratual em sua tríplice dimensão: liberdade de conclusão, liberdade de determinar o conteúdo e liberdade de escolher o tipo de contrato.

A doutrina, diante das condições gerais impostas pela administração pública, é muito controvertida, pois a Magna Carta de 1988 no seu art.37, estabelece que a administração pública observará, entre outros, o

---

<sup>47</sup> Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. Edusp, 1988.

princípio da legalidade, não podendo ir além do expressamente previsto em lei. Poderá o juiz entender que determinada condição geral imposta pela administração pública é inválida por configurar alguma das hipóteses de cláusulas abusivas, é o que se percebe presentemente no grande número de ações judiciais ajuizadas contra o Sistema Financeiro Nacional, relacionadas com a habitação, crédito rural e industrial.

O § 1º do art. 173 da Constituição brasileira determina que as entidades estatais que exploram atividades econômicas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, submetem-se portanto, ao controle judiciário.

A intenção constitucional é de que o Estado tutele os interesses da coletividade, e não preferencialmente os dos entes econômicos do Estado, quando se utilizarem de instrumentos de direito privado. Em muitos países a doutrina avança no sentido de fortalecer o papel da administração pública no controle das condições gerais, compartilhando com entidades organizadas da sociedade civil. Nesta linha, diz Dieter Schwab<sup>48</sup>:

*"Organizações especializadas e criadas pelo estado, compostas de integrantes provindos das classes empresariais e das associações de defesa dos consumidores, seriam encarregadas de elaborar, para os diversos ramos da economia produtiva, condições gerais dos contratos, cujo emprego seria recomendado ou até, mesmo imposto com força vinculativa. É neste sentido que caminha a reforma legislativa holandesa."*

A Constituição de 1988, ao cuidar da competência legislativa concorrente (art. 24) da União e dos Estados-Membros, incluiu entre as matérias listadas a responsabilidade por dano ao consumidor. Aos Estados-

---

<sup>48</sup> Validade e controle das condições gerais dos negócios. *Ajuris*, 41:15, nov. 1987.

Membros cabe estabelecer normas especiais, para atender a suas peculiaridades, observadas as normas gerais do Código de Defesa do Consumidor (CODECON).

O dever de informar do predisponente, como dever de esclarecer, está previsto na Constituição (art. 150, § 5º), quando diz que a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços. Embora de alcance específico, reflete a preocupação com a plena cognoscibilidade que deve cercar as relações de consumo.

Os usuários de serviços públicos prestados por empresas concessionárias ou permissionárias deverão ter seus direitos definidos em lei, conforme se depreende do art. 175, parágrafo único, II, da Constituição. O espaço de predisposição de condições gerais está limitada pela lei, sendo nulas as que regularem em contrário.

A defesa do consumidor foi erigida como princípio da atividade econômica (art. 170, V). Também importante em matéria de condições gerais é o princípio da livre concorrência (art. 170, IV), direcionando a ordem jurídica brasileira para uma reação sistemática ao processo de oligopolização e monopolização presente na economia brasileira. Também neste sentido estabelece o art. 173, § 4º, caber à lei reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Note-se que estas disposições constitucionais permitem que o Estado interfira amplamente na economia, podemos citar um dos casos controvertidos e totalmente frustrados de intervenção estatal na economia: o Programa de Estabilização Econômica, que visava o controle de preços, não encontrou esteio no meio social do país. A partir de então, padeceu o Estado

de confiabilidade e nenhum plano de intervenção conseguiu atingir a eficácia.

As condições gerais dos contratos constituem fenômeno recente de regulamentação contratual heterônoma, surgiram com o processo histórico de massificação das relações econômicas e sociais, que marca o século XX.

A maioria dos contratos bancários é concluída através da utilização de condições gerais dos contratos e de contratos de adesão. Esses métodos de contratação de massa servem de indício da vulnerabilidade do co-contratante. Mesmo sendo um advogado co-contratante ou um comerciante, ou agricultor, a vulnerabilidade fática estará sempre presente.

O grande problema da sociedade de consumo são as relações triangulares, que diluem as garantias de bom desempenho dos serviços e aumentam os riscos para o consumidor. Assim, se um consumidor quer adquirir um bem móvel a prazo, a loja assegura para ele um financiamento através de uma empresa de crédito, já localizada dentro da própria loja. O consumidor não se dá conta, mas passa a ser devedor da empresa financeira, e não mais do comerciante.

Como caso comum nos anos 80, em que o consumidor prometia comprar imóvel a ser construído por uma empresa imobiliária, a qual fechava um financiamento com um banco, dando o imóvel (terreno e acessões) em garantia hipotecária, para poder construir o edifício. O consumidor pagava integralmente o seu imóvel, mas não era feito o registro da escritura definitiva de compra e venda, sendo que uma cláusula responsabilizava o consumidor pela liberação da dívida (financiamento) feita pelo construtor, uma vez que a hipoteca (ônus) se transferia junto com a propriedade. Assim também alguns contratos são fechados entre dois bancos,

ou entre o Estado ou empresário e o banco, podendo, porém, pela demora do depósito efetivo em conta, prejudicar o consumidor-cliente.

Cabe lembrar que nas relações de massa nem sempre os contratos serão feitos por escrito, pois ao lado dos contratos de adesão expressos em formulários, existem os contratos orais, a aceitação ocorre devido às chamadas condutas sociais típicas, os simples recibos de caixa, os *tickets* de caixas automáticos, que não deixam de ser contratos de adesão.

Segundo Pontes de Miranda<sup>49</sup>, o abuso do direito, para os juristas romanos, dependia da "malícia". Pelo menos, essa era a regra. Depois, supunha o ato contrário à função mesma do direito exercido, bastando a intenção ou consciência do desvio. Mais tarde, esvaziado de todo elemento psicológico, o conceito fez-se mais ligado à vida social que à projeção mesma dos direitos: é suficiente que o exercício do direito se desvie.

A manutenção da organização da vida social pelo Estado deve se dar segundo os preceitos do Direito.

A efetividade das soluções, dentro do direito contratual, necessita de mecanismos instrumentais que assegurem a concreção real e efetiva dos sistemas de proteção jurídica.

Os mecanismos instrumentais concretos, para obter a efetividade da justiça contratual, hão de passar por dois caminhos:

Em primeiro lugar, a partir da educação e informação do contratante, nele gerando plena consciência dos seus direitos e obrigações, que previnam de prejuízos em suas relações com os fornecedores.

Em segundo lugar, diante de conflitos contratuais já ocorridos, garantir à parte lesada efetivo acesso à justiça, livre de obstáculos

---

<sup>49</sup> Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1973, p. 283.

como onerosidade, lentidão e complexidade dos processos judiciais. Ademais, é necessário que se admita a legitimação coletiva, através das associações que os agrupam ou entes públicos especializados. Desta forma, as soluções básicas da proteção jurídica, podem beneficiar todo o grupo afetado por uma mesma prática comercial irregular.

Desta maneira há de se transpor o obstáculo que, para acesso à justiça, representa a solidão do lesado: isoladamente, é um ser desarmado; tudo concorre para tirar-lhe a coragem de ingressar nos tribunais para enfrentar-se com o responsável pelo ato lesivo.

As características resultantes dos contratos bancários são as seguintes:

- 1) São, em primeiro lugar, contratos de massa;
- 2) Conseqüentemente, são contratos-tipo, com lineamentos constantes e uniformes, com origens das chamadas "Condições Gerais, predispostas unilateralmente pelo banco, quase sempre em formulários, pré impressos, chamados também de contratos de adesão;
- 3) A presença de elementos do direito público junto com o direito privado imprime um sentido especial ao regime dos contratos bancários;
- 4) São contratos que tem por conteúdo normal o crédito, sendo a operação bancária fundamental o dinheiro, pecúnia;
- 5) São contratos que encerram o princípio da boa-fé, da confiabilidade;
- 6) A contratação bancária está regulada por norma e disposições criadas pelos usos e costumes uniformes;
- 7) São contratos geralmente de caráter personalíssimo, porém com enfoque comunitário.

O Brasil inova no mundo jurídico contratual com um dos mais modernos "codex". Trata-se, como anteriormente declinado, do Código de Defesa do Consumidor, onde se garante ao vínculo contratual o direito de buscar o equilíbrio entre as partes.

Confere ao Judiciário apreciar os contratos segundo o princípio da equidade. Evoluiu da visão clássica, liberal e individualista do Direito Civil para uma visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do equilíbrio contratual.

No próximo capítulo, serão abordadas com amplitude as novas estratégias de controle dos contratos.

Por exercer a atividade bancária enorme influência na Sociedade, especialmente no avanço dos contratos, fez-se especial referência a ela neste trabalho.

## **V. CAPÍTULO IV**

*ESTRATÉGIAS CONTEMPORÂNEAS E OS PADRÕES  
LEGAIS VIGENTES*

1. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO:

A função social do contrato, reconhecida na teoria contratual, transforma-o em instrumento jurídico para o movimento das riquezas no mercado, em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses da sociedade, exigindo, então, um regramento legal rigoroso e imperativo de seus efeitos.

A manifestação de vontade do contratante é dada almejando alcançar determinados fins, determinados interesses legítimos.

A nova concepção de contrato é de visão social, na qual não só o momento da manifestação da vontade importa, mas onde também e principalmente os efeitos do instrumento jurídico na sociedade serão levados em conta. É onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância, para ser declarada sua validade ou não.

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, leva o Direito a destacar 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.

Em matéria de Direito das Obrigações, o novo ordenamento que prevalece, exige, no mínimo, que o interesse do credor seja apreciado em termos de utilidade social.

O interesse do credor tem de ser legítimo, por satisfazer uma necessidade socialmente valorada como séria e útil.

O direito não há de tutelar obrigações cuja prestação consista em futilidades; seria obrigação fútil, por exemplo, a obrigação que impusesse aleatoriamente a uma pessoa abraçar diariamente a outra, ainda que a troco de uma contra-prestação em dinheiro. Não há de ocupar o judiciário com tal insignificância, por um lado, nem com contratos iníquos ou com cláusulas abusivas, pelo outro.

Embora os conceitos tradicionais de negócio jurídico e da autonomia da vontade permaneçam, o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações, será reduzido por normas imperativas, como o moderno Código de Defesa do Consumidor.

É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social. E o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.

Para demonstrar a evolução do pensamento jurídico até a formação do novo conceito social de contrato, pertinente se faz que a socialização da teoria e prática contratual seja abordada.

O direito dos contratos, socializado<sup>50</sup>, redescobre o papel da Lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente. A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade.

Modernamente vislumbra-se a função do direito dos contratos como orientador da relação obrigacional e como realizador da eqüitativa distribuição de deveres e direitos. E a tão almejada justiça contratual encontra-se, justamente, na equivalência das prestações ou sacrifícios, na proteção da confiança e da boa-fé de ambas as partes.

## 2. ESTRATÉGIAS E INSTRUMENTOS LEGAIS VIGENTES:

Como resultado desta mudança de estilo de pensamento, as leis passam a ser mais concretas, mais funcionais e menos conceituais<sup>51</sup>. É o novo ideal de concretude das leis, que para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela nova realidade social, opta por soluções abertas, as quais deixam larga margem de ação ao juiz e à Doutrina, usando freqüentemente noções chaves, valores básicos, princípios como os de boa-fé, eqüidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros.

As condições gerais dos contratos são contemporâneas e convivem, lado a lado, com o intervencionismo estatal, deste sendo causa às vezes. As condições gerais têm da legislação intervencionista a mesma função: são ambas hipóteses de dirigismo contratual, uma privada, outra pública. Ambas provocam o apoucamento da autonomia privada.

---

<sup>50</sup> Contrato socializado - função de abordar a realidade social

<sup>51</sup> o ideal de concretude das leis está explicado na exposição de motivos do projeto do Código Civil nº 634/75, p. 15.

O Estado reduz a autonomia privada quando intervém, pretendendo tutelar a igualdade real dos figurantes das relações jurídicas negociais.

Antes da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, o direito positivo brasileiro disciplinava, de maneira esparsa e casuística, algumas nuances do direito das condições gerais em leis que cuidaram de determinadas relações jurídicas negociais.

A legislação complementar ao Código Civil, entretanto, apresenta algumas indicações de invalidade do que hoje se consagrou como cláusulas abusivas. A finalidade desse tipo de legislação não é a da "liberdade vigiada", sintomática do regime das condições gerais, mas a do dirigismo contratual, predeterminando-se rigidamente o conteúdo e as formas de conclusão dos contratos, traçando uma linha de limites que não pode ser transposta.

Alguns diplomas legislativos podem ser referidos como antecedentes valiosos do perfil de tendências que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta.

Colacionamos alguns exemplos, extraídos do corpo de lei:

a) São consideradas nulas as cláusulas que estabeleçam pagamento em moeda estrangeira (Dec. n° 24.038, de 26.03.1934, e Dec. Lei n° 857 de 11.09.1969), salvo as exceções previstas em lei.

b) As cláusulas penais não podem ultrapassar certos limites, por exemplo, 10% do valor do débito nos casos de: contratos de dívida de dinheiro (art. 9° do Dec. n° 22.626, de 07.04.1933); empréstimos com garantia hipotecária (art. 34, I, do Dec. Lei n° 70, de 21.11.1966); financiamentos rurais através de cédula de crédito rural (art. 71 do Dec. Lei n° 167, de 14.02.1967); financiamentos concedidos por Instituições Financeiras por meio de cédulas de crédito industrial (art. 58 do Dec. lei n°

4113 de 09.01.1969); contratos de promessa de compra e venda de imóveis oriundos de parcelamento do solo urbano (art. 26, V da Lei nº 6.766 de 19.12.1979).

c) No setor de seguros, a utilização de condições gerais é imperiosa, pela natureza massificada dos negócios. O setor é extensamente disciplinado em Lei, o que não impede os abusos retratados em decisões judiciais. Diversos são os diplomas legais que o regem. O art. 4º do decreto nº 59.195, de 08.09.1966, veda a inscrição nas apólices de cláusulas que permitam a rescisão unilateral dos contratos de seguro ou subtraíam sua eficácia e validade, para além das situações previstas em lei.

d) O Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, criado pelo Decreto-Lei nº 73, de 21.11.1966, tem competência privativa para fixar as características gerais dos contratos de seguros (art. 32, IV).

e) Resolução da Diretoria do extinto Banco Nacional da Habitação - BNH (nº 18, de 23.08.1977) aprovou as condições gerais do "seguro compreensivo especial" que devem integrar compulsoriamente a apólice habitacional, através de vinte e sete cláusulas de conteúdo fixo.

f) O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565 de 19.12 de 1986), art. 285, interdita as condições gerais fixadas em apólices de seguro de vida ou de seguros de acidente que excluam os riscos resultantes do transporte em aeronaves.

g) Na legislação sobre abuso de poder econômico e sobre economia popular, é abusiva a condição que subordina a venda de bens à aquisição de outros ou a utilização de determinado serviço à compra de determinado bem (Lei nº 4.137, de 10.09.1962, art. 2º), considerando-se crime o ajuste em que se exija do comprador que não compre de outro vendedor (lei nº 1.521, de 26.12.1951, art. 2º).

h) É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento (art. 1º Dec. Lei nº 911 de 1º de 10 de 1969).

i) A lei que disciplina a ação civil pública (lei nº 7.347 de 24.07.1985) constituiu um grande passo na direção do controle apropriado das condições gerais, nas relações de consumo.

j) Nos contratos de software (licença ou cessão) regidos pela Lei nº 7.646, de 18.12.1987, são nulas (abusivas) as cláusulas que:

- 1) fixem exclusividade;
- 2) limitem a produção, distribuição e comercialização;
- 3) exonerem os contratantes de responsabilidade por ações de terceiros decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos autorais.

O mais novo incremento legislativo, veio através do Código de Defesa do Consumidor de 1990, onde as condições gerais estão tratadas, encobertas sob outras denominações, no capítulo VI do Título I (dedicados ao direito do consumidor), sob a rubrica "da proteção contratual", contendo três seções: I - Disposições Gerais; II - Das Cláusulas Abusivas;

III- Dos Contratos de Adesão; somando um total de nove artigos.

As experiências legislativas que regem as condições gerais indicam dois sistemas básicos de controle:

- a) o controle preventivo abstrato;
- b) o controle judicial concreto.

O controle preventivo abstrato tem como principal modelo o *Ombudsman* do consumidor nórdico<sup>52</sup>. Singulariza-se esse sistema pela aprovação prévia das condições gerais, através da autoridade administrativa,

---

<sup>52</sup> Na Suécia o funcionamento do controle prévio assenta em dois órgãos: o tribunal do comércio e o Ombudsman do consumidor. O Ombudsman pode realizar o controle por sua iniciativa ou a pedido dos consumidores

em caráter abstrato, para que possam produzir efeitos nos contratos individuais. O fornecedor de bens ou de serviços, que pretenda utilizar condições gerais terá de, antes, submetê-las ao juízo de validade da autoridade administrativa, de cuja decisão favorável depender sua eficácia.

O controle preventivo demonstrou ser um sistema de difícil implementação, de frágeis resultados, pela burocratização excessiva, podendo causar prejuízo pela falta de rápida mobilidade.

O controle judicial concreto, o tribunal julga da validade e da eficácia das condições gerais, caso a caso, mas de acordo com uma pauta legal.

O controle judicial concreto, por melhor que seja realizado, está dependente da iniciativa processual do lesado, que normalmente evita expor-se a litígio judicial com o predisponente empresário, dotado de meios e recursos superiores.

Uma das mais significativas inovações do direito processual, para tornar o direito dos consumidores realizável, é a ação civil pública, em que os legitimados a agir não postulam direitos ou interesses individuais nem de terceiros, mas os interesses comunitários, difusos, subjetivamente indetermináveis. A eficácia *erga omnes* da decisão judicial constitui outro avanço.

Consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual.

As cláusulas abusivas no CODECON - Código de defesa do Consumidor -, são nulas "de pleno direito". O regime definido é o da nulidade, o direito cominou-lhe o grau mais alto de invalidade.

O legislador brasileiro preferiu instituir a proteção contra cláusulas abusivas no CODECON - Código de defesa do Consumidor -,

sendo estas declaradas sempre nulas, prevendo, ou praticamente escondendo, a norma geral de proibição de cláusulas contra a boa-fé. Disposta no art. 51, parágrafo 2º, a nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

A corrente jurisprudencial mais fecunda é a que optou pela conservação do contrato, visando, precipuamente, à sua revisão, para o fim de ajustar a medida legal a prestação lesionária.

Esta corrente aceita a nulidade parcial do contrato. A lei prescreve o dever de ajustamento das obrigações que as partes assumem, dever esse a cujo cumprimento é levado o juiz ao decidir.

Atualmente a finalidade das normas jurídicas consiste em resolver conflitos de interesses e de valores entre os homens e por isso o Direito das Obrigações é um instituto da ciência social.

Hoje além dos códigos e leis avulsas, o direito das obrigações encontra o esteio de sua evolução na jurisprudência. O labor jurisprudencial tem produzido normas jurídicas, respeitadas e acatadas como se fossem leis.

O processo civil de nossos dias encontra-se num estágio de modificação profunda. A conflituosidade da sociedade contemporânea, cada vez mais intensa, está a exigir a idealização de outros meios de soluções para muitíssimos dos conflitos.

Estas verdadeiras premências, motivadoras dessas transformações, não datam de hoje, senão que tiveram início perceptível principalmente depois da segunda guerra mundial. Entre nós mais recentemente, as pressões sociais pela reivindicação de novos direitos detectaram-se à medida que os instrumentos processuais foram se mostrando insuficientes.

Os problemas que vieram verdadeiramente assolar o direito processual civil não surgiram somente na seara do direito, emergiram em sintonia com problemas e conseqüentes modificações operadas no âmbito sócio-econômico.

Um dos setores mais modificados, no direito privado, foi o obrigacional.

O legislador constitucional impulsionou e abriu caminhos para a efetivação da tutela a novos direitos. A oferta de instrumentos processuais constitucionais somadas com as já existentes ampliaram-se muito. Todavia, não é animadora a situação estrutural do Poder Judiciário, como também precária é a situação de conscientização de grandes camadas da população.

Embora o Estado intervenha na economia para estabelecer o equilíbrio e a justiça, a Sociedade tem demonstrado uma descrença muito grande no papel deste, o que conseqüentemente poder interferir na eficácia jurídica dos instrumentos, postos a serviço do povo.

O Código de Defesa do Consumidor representa uma considerável modificação no ordenamento jurídico brasileiro, um novo regime legal para a maioria dos contratos na sociedade. É o nascimento de um novo equilíbrio, desta vez imperativo, nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores de bens e serviços.

A repercussão na prática do novo Código será tão vasta quanto o seu campo de aplicação. Duas opções do legislador brasileiro contribuíram para dar maior importância aos novos direitos e obrigações criados pelo CODECON: de um lado, definiu-se de maneira objetiva o consumidor, incluindo mesmo a pessoa jurídica e o profissional, sempre que destinatários finais do produto ou serviço; e de outro, instituiu-se uma proteção generalizada contra cláusulas abusivas, criando a possibilidade de

um controle do conteúdo de quase todos os contratos existentes no mercado, sejam eles contratos individuais, contratos de adesão ou contratos submetidos a condições gerais. Este vasto campo de aplicação acarretará, na prática, uma sensível diminuição no campo de aplicação das normas tradicionais sobre contratos, contidas no Código Civil.

O método escolhido pelo CODECON - Código de defesa do Consumidor - para harmonizar e dar maior transparência às relações de consumo tem dois momentos:

No primeiro, cria o Código novos direitos para os consumidores e novos deveres para os fornecedores de bens, visando assegurar a sua proteção na fase pré, contratual e no momento da formação do vínculo;

No segundo momento, cria o Código normas proibindo expressamente as cláusulas abusivas nestes contratos, assegurando assim uma proteção a "posteriori" do consumidor, através de um efetivo controle judicial do conteúdo do contrato de consumo.

Espera-se que a opção do legislador brasileiro pela nulidade absoluta leve o Poder Judiciário, com a ajuda do ministério público e dos novos legitimados, para as ações coletivas de defesa dos interesses do consumidor, a sanar o mercado brasileiro quanto à utilização de cláusulas abusivas nas suas relações.

Os instrumentos para esta verdadeira revolução nas relações contratuais encontram-se positivados no CODECON - Código de defesa do Consumidor. Enfatize-se, porém, que a criação de uma nova lei nunca foi, no Brasil, a segurança da solução dos problemas. Entre a norma e efetivação na prática há um país cheio de contrastes, uma sociedade neo-liberal, com diferentes níveis de conscientização.

Assim, a criação de uma nova base legal para o controle da equidade dos contratos representa, apenas, o primeiro passo. A sua concretização, na prática, o seu reflexo efetivo nas relações de consumo na sociedade brasileira, dependerá, em muito, da adaptação dos fornecedores e dos profissionais do Direito ao novo espírito da lei e do nível de conhecimento da lei que estes conseguiram alcançar.

No Brasil, nos termos do art. 170 da Magna Carta, são bens jurídicos coletivos ou supraindividuais da vida econômica, os quais, por necessidade conceitual, transcendem os bens jurídicos individuais. É nesse contexto de tutela da ordem econômica pelo Estado que surge o Direito Penal Econômico.

O Direito Penal Econômico encontra-se disperso por diversas leis especiais além do Código Penal Brasileiro. A função do Direito Penal Econômico é assegurar um mercado transparente, honesto e seguro, orientado para o desenvolvimento social.

Hoje, a expressão "crimes do colarinho branco", identificada desde o seu aparecimento com o Direito Penal Econômico, é de uso comum, mesmo na mídia eletrônica, como o rádio e a televisão. O tema nos seus diversos aspectos está na ordem do dia.

A evolução também no direito penal econômico é realidade. Como ramo deste instrumento jurídico, surge o Direito Penal do Consumidor, que visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações comerciais atuais.

Ao lado de medidas de direito privado que garantam o reequilíbrio entre o profissional forte e o consumidor desarmado, impõe-se a intervenção do Direito Penal, já que os abusos de consumo afetam toda a sociedade e, por isso mesmo, exigem também uma resposta social.

A massificação das relações sociais, decorrência da sociedade industrial em que vivemos, trouxe diversos desafios, antes totalmente desconhecidos, para o homem moderno.

Na época da formulação do direito penal clássico, os fenômenos que hoje caracterizam a sociedade de consumo, (utilização massificada de cláusulas contratuais abusivas, crédito fácil como forma de incentivo à produção e à comercialização) não integravam a esfera de preocupação do legislador e do jurista por uma razão muito simples: não existiam.

A revolução industrial, ao lado de significar revolução tecnológica, trouxe em si também a revolução do Direito. Normas penais como as do Código Penal e da Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521/51), amparavam reflexa ou acidentalmente o consumidor, o bem jurídico de consumo, como fruto temporário desse reconhecimento gradativo de interesses supraindividuais essenciais, imprescindíveis à vida em sociedade. Não mais da simples sociedade industrial mas da sociedade de consumo. Ganha então autonomia em relação aos seus precursores de feição eminentemente individualista, e conectados à idéia de direito subjetivo: a vida, a honra, a liberdade.

É a transformação contínua do Direito, quando quer acompanhar os passos da sociedade. O legislador penal é obrigado, como consequência da evolução econômico-social, a prever, no âmbito da norma, novos bens jurídicos, muitas vezes desgarrando-os daquelas já tradicionalmente incorporados pela ordem jurídica.

A criminalidade no mundo mercantil, não há dúvida, é da nossa para a malha sócio-econômica e precisa ser severamente reprimida. Mas para tal não são suficientes os tipos tradicionais que, como decorrência do momento em que foram elaborados, não reconhecem o consumidor como

sujeito com identidade própria. A proteção eficiente do consumidor, no âmbito penal, só é possível através da formulação de crimes de consumo próprios.

Cabe principalmente ao Direito do Consumidor, como capítulo do Direito Penal Econômico, instrumentalizar esses novos direitos que o consumidor, universalmente, vem conquistando.

Ao Direito coube evoluir, conjugar o chamado direito-obstáculo com os anseios de uma maior equidade contratual, criando um sistema de disciplina que assegurasse o reequilíbrio das relações contratuais, resolvendo os problemas existentes, negando eficácia a desproporção dos contratos.

Contemporaneamente o princípio clássico da autonomia da vontade vai ser relativizado por preocupações de ordem social.

O Direito não se acama e muito menos se petrifica nas suas inclinações formais. Ele evolui com a vida. A equidade age em caráter supletivo, habituando a norma à realidade.

E quando mudam as condições do meio por influência de fatores vários: políticos, econômicos, etc., a lei terá de evoluir também, embora guardando, no mais das vezes, a antiga roupagem, literal, das suas disposições.

Na doutrina, na jurisprudência e agora no CODECON - Código de defesa do Consumidor -, vai se aceitando e afiançando, dia após dia, o princípio de que o texto das convenções pode ser revisto pelo Poder Judiciário.

A teoria da revisão, aos poucos, vai sendo acolhida pela jurisprudência, porque em face da injustiça do convencido, do equilíbrio evidente, da ruína talvez a alguma das partes, não é possível que o juiz fique alheio.

A teoria da imprevisão, materializada na revisão dos contratos por via do judiciário, atuaria, assim, no sentido de ajustar a convenção à realidade, impondo um certo abrandamento ao absolutismo da obrigatoriedade das avenças, o qual teria de ceder terreno em face dos superiores interesses sociais.

A teoria da imprevisão constitui remota e atualmente, indubitavelmente, uma das mais sedutoras fases do eterno conflito entre a justiça comutativa e a segurança jurídica.

A teoria da imprevisão é uma regra da hermenêutica contratual contemporânea que a jurisprudência brasileira vem admitindo, cada vez de forma mais ampla.

O estudo das relações sociais normadas, com vistas à efetiva realização da justiça, está voltada para o novo Direito que tem sua base na ordem social.

O compromisso fundamental desta nova ordem jurídica não é a legitimação retórica de postulados dogmáticos, mas a própria transformação positiva do direito, num sentido de aperfeiçoamento que nunca cessa, pois o direito se aperfeiçoa na medida em que o próprio homem e a sociedade que ele constitui se aperfeiçoam.

Com a retomada do verdadeiro papel transformador do direito, considera-se que a fonte mais autêntica do direito é a jurisprudência, no sentido de que as normas elaboradas pelas decisões dos juízes estão diretamente vinculadas à realidade social.

Ao magistrado deve-se permitir adaptar a lei ou mesmo ir contra ela, nos casos de notória injustiça, inspirando-se nos usos e costumes, na justiça e na equidade. Trata-se pois de legitimar a atuação do Direito como instrumento de sua própria renovação crítica e dialética.

Com a adoção da jurisprudência, o jurista passa a cumprir o princípio da justiça dentro da realidade social e concreta.

Após a análise dos vários padrões legais utilizados pelos juristas a fim de adequar e legitimar o direito à necessidade social, diante da dinâmica de comportamentos que vive o país. Abaixo transcreveremos inúmeras decisões baseadas nas estratégias contemporâneas já delineadas neste trabalho.

#### QUANTO ÀS CONDIÇÕES GERAIS:

A jurisprudência de nossos tribunais, via de regra, confere efeito vinculante a todas as cláusulas e condições gerais, sob a invocação indiscriminada do princípio "*pacta sunt servanda*". A adoção dessa tese simplista e desatualizada causou o atraso nessa matéria, em prejuízo da justa decidibilidade dos conflitos.

Com o advento do CODECON - Código de defesa do Consumidor -, nomeadamente por força do capítulo dedicado à proteção contratual, tudo indica que já começaram a ocorrer inovações nas orientações jurisprudenciais, acerca das condições gerais.

Para soluções de casos concretos, verifica-se pelos exemplos abaixo que se tentaram soluções com base nos princípios de ordem pública:

*"Consórcio. Código de Defesa do Consumidor - Obrigatoriedade de devolução dos valores pagos ao desistente, devidamente corrigidos, excluídos apenas o valor do seguro e taxa de administração. Tratando-se de contrato de adesão, é abusiva a cláusula que permite a devolução não atualizada. Incidência do Código de Defesa do Consumidor que determina a correção e limita a cláusula penal em 10% sobre o valor. Apelo provido."*  
(Ap. civ. 191008853 TARGS - 2ª Câm. Civ. POA, J. 27.03.1991).

EXECUÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO. MANDATO CAMBIAL.  
NULIDADE

*"É nula a cláusula contratual que cria mandato para ser utilizado por pessoa jurídica, integrante do mesmo grupo econômico do mutuante, contra os interesses do mandante, porque abusiva e contraria o que estabelece a Lei 8.078/90 (CDC)." (Ap. Cív. 1910114077 - TARGS 1ª Câm. Cív. POA J.09.04.1991)*

CONTRATO DE "LEASING". PLANO VERÃO

*"CABÍVEL A CONSIGNATÁRIA PARA DISCUTIR O ÍNDICE DE REAJUSTE. Ainda que as Leis 7.738/89 e 7.774/89 tenham permitido utilização de índice alternativo previsto em contrato, não pode o judiciário cancelar cláusula abusiva em contrato, que, por ser de adesão, fere claramente a paridade de tratamento entre os contratantes. Posição reiterada da jurisprudência, agora consagrada pela Lei de Defesa do Consumidor. Apelo provido para julgar procedente a consignatária" (Ap. Cív. 191031798 TARGS 2ª Câm. Cív. POA J.09.05.1991).*

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

*"Contrato de financiamento. Cláusula que autoriza a emissão de cambial através de mandato. Nulidade. Não constitui título líquido certo e exigível a nota promissória emitida em nome do mutuário através de procuração no próprio contrato de financiamento e a empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, em benefício deste, dada a nulidade do mandato outorgado em tais condições." (RT, 59 pg. 218 )*

CONSÓRCIO CONTRATO DE ADESÃO

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Foro de eleição - Contrato de adesão a grupo de consórcio - cláusula*

*não prevalescente - forma unilateral de imposição da vontade de uma parte sobre a outra, quebrando o princípio de igualdade entre elas e de modo a desfavorecer o contratante aderente, mais fraco, fechando-lhe as portas do judiciário - Ação de indenização - Art. 100, IV do CPC e art. 5º, I, da CF -Recurso provido."*

*"O contrato de adesão se caracteriza pela falta de liberdade contratual e de ordinário favorece o estipulante. Nesse tipo de contrato a cláusula de eleição do foro não pode prevalecer, sob pena de quebra do princípio da igualdade contratual e inviabilizar-se o acesso ao judiciário da parte aderente, em regra considerada mais fraca."*

(Ag. Inst. nº 5.834 da Capital de Santa Catarina - Des. Alcides Aguiar, JC nº 67.1990).

#### PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO BANCO DEPOSITÁRIO

*"AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - CONTA CORRENTE BANCÁRIA - Existe na conta corrente bancária um mandato, o qual pressupõe ao mandatário a obrigação de prestar contas. Recurso improvido. "Apelação improvida ao Banco Geral do Comércio S/A, sendo apelada Ferrari & Cia Ltda."*  
(Ap. Cív. nº 30.789 - Des. Eduardo Luz, JC nº 65,1989)

#### SEGURO DE VIDA EM GRUPO

*Seguro de Vida em Grupo - Declarações inexatas prestadas no questionário - Só anulam o seguro quando comprovada a má-fé do segurado. Recurso improvido."*

(Ap. Cív. nº 31.030 - Rel. Des. Eduardo Luz, JC nº 65,1989.)

## CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.

*Execucional - embargos do devedor - Escritura Pública de Confissão de Dívidas com garantia hipotecária e Pignoratícia - Juros- Índice Unilateral - Capitalização incabível - Estipêndio advocatício - Aplicação correta - Requesto principal e adesivo inacolhidos.*

*Consagrando o pacto a taxa de juros através de índice da ANBID (Associação Nacional dos Bancos de Investimento e Desenvolvimento) ou na eventual ausência deste, da maior praticada pelo banco em suas operações de conta própria, há condição potestativa (art. 115 do Código Civil), por sujeitar a parte ao arbítrio da outra.*

*Apesar de expressamente convencionada, ineficaz é a capitalização de juros, em virtude de não ter sido revogado o art. 4º do decreto nº 22.626/33 pela lei nº 4.595/64.*

*A Súmula nº 121 do Excelso Pretório está em vigor, coexistindo com o verbete nº 596 daquela elevada corte.*

*Ipsa facto, há na espécie nulidade absoluta (art. 145, II e III, do Diploma Substantivo) da cláusula contratual assegurando a preponderância de um dos interessados no negócio, por quebrar a comutatividade. Decaindo, em parte, do pedido, realizada a necessária redução, arca o vencedor, por inteiro, com despesas processuais e honorários advocatícios. (Ap. Cível nº 36.289, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, JC nº 68.1991)*

Os acórdãos supra-relatados abordam a questão referente à validade de cláusulas padrão, considerando o seu conteúdo e o fato de não resultarem de discussão prévia entre as partes contratantes. Tratam, pois, do denominado contrato de adesão, que se caracteriza, substancialmente, pelo caráter impositivo de suas cláusulas, face ao aderente.

Diante das circunstâncias de sua celebração, podemos afirmar inicialmente que os contratos de mútuo, *leasing* e consórcio, examinados nos litígios acima retratados, configuram modalidades de contrato de adesão.

A TEORIA DA IMPREVISÃO E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA  
BRASILEIRA.

*"O paradigma ensina que não afronta o direito federal a decisão de instância ordinária que, à vista do caso concreto, estima ter ocorrido alteração substancial e imprevisível na economia, de modo a autorizar a inserção da cláusula rebus.... (ac. un. da 2ª T. do STF, 1984)".*

*"Mútuo Hipotecário - projeção salarial vinha acompanhando o índice inflacionário, e se o achatamento salarial, imposto pelo Príncipe, garroteou o mutuário e o colocou em descompasso com a inflação e com os índices correccionais (ORTNs) aplicáveis às prestações avençadas é inarredável que pode ele demandar a resolução do contrato ou o seu desagravamento, com base na cláusula rebus sic stantibus, incita em todo o contrato de trato sucessivo, que afasta a aplicação do princípio pacta sunt servanda, por imposição acontecimento extraordinário".*

(TRRJ 2ª Câm. Cív. 1984 in ADV. COAD em 22.8.68 1986).

A essência crítica deste trabalho encontrou amoldamento que o complementa na obra de José Eduardo Faria, que pelo que expressou, conseguiu dar à situação jurídica causada pela articulação de valores e anseios sociais em confronto com o Intervencionismo Estatal, um perfil quase perfeito da realidade existente entre sociedade e Estado. Abaixo transcrevemos parte de sua conclusão do trabalho elaborado no livro que

discute a eficácia do direito nos países em desenvolvimento, tenta mostrar um Estado modernizador, porém quase às raias de um totalitarismo<sup>53</sup>.

*"Face à explosão das fontes formais do direito no âmbito de sociedades estigmatizadas por conflitos cada vez mais complexos no âmbito de sociedades estigmatizadas por conflitos cada vez mais complexos e coletivos, os novos paradigmas já não se concentram necessariamente no exame de um sistema de regras postas e transmitidas, mas sim na busca de um direito *in fieri*: um conjunto de regras em movimento, continuamente reformulados, até mesmo por forças extra-legislativas e extra-estatais. Com isso, o objeto da Ciência do Direito acaba sendo deslocado: em vez pelo conjunto de valorações dos fatos sociais cristalizados em dogmas normativos, ele é constituído pelos próprios fatos sociais cristalizados em dogmas normativos, dos quais as normas são meras valorações. Detendo-se assim no exame da eficácia do sistema jurídico e da efetividade do poder político, os quais são passíveis de serem obtidos graças aos sistemas simbólicos e às articulações das sanções penais com as sanções premiaias, tais paradigmas enfatizam tanto as situações sócio-econômicas, políticas e culturais das quais as leis são extraídas quanto à confrontação dos diferentes critérios de valoração com base nos quais aquelas situações podem ser reguladas.*

*E*  
*videntemente, em função da enorme distância existente entre as concepções idealizantes e positivistas da dogmática e as novas abordagens multidisciplinares da teoria jurídica, o diálogo entre os juristas muitas vezes acaba tendendo para o monólogo na proporção da incomensurabilidade dos paradigmas em conflito - o que explica a razão pela qual alguns centros tradicionais de ensino jurídico têm, quer minimizado a importância das cadeiras de instituições do direito" e "sociologia do direito", quer resistido às sucessivas tentativas de (re) integração da Ciência do Direito no âmbito das*

---

<sup>53</sup> *Op. cit.* p. 168/169.

*ciências sociais. Lenta, porém gradual e firmemente, os novos paradigmas têm procurado romper com a rígida divisão intelectual do saber normativo, chamando atenção para a impossibilidade de se delimitar com nitidez uma fronteira entre a Ciência do Direito e a Sociologia Jurídica. Ao acelerar a identificação das contradições do saber tradicional e do "senso comum" nele subjacente, realizando análises fragmentárias próprias de um tenso processo de produção de um novo conhecimento científico. Cada vez mais os contradiscursos emergentes vão conseguindo intervir decisivamente no pensamento dogmático, estimulando a revisão e a mudança de seus pressupostos temáticos, conceitos básicos e princípios teóricos."*

A legitimação desta nova ordem jurídica, passa pela Sociedade, à medida que os paradigmas propulsores da desordem sócio-econômica hoje existente, sejam gradativamente substituídos por paradigmas eficazes.

A novidade está, porém, na transformação que ora se opera dentro da ciência do direito, no novo discurso da ciência do direito, imenso campo que a epistemologia jurídica procura sistematizar, construindo novo paradigma, tendo por fundamento a realidade social, visando a ordem social pelo consenso.

## **VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

## *CONSIDERAÇÕES FINAIS*

Após a análise teórica, em linhas gerais chega-se a algumas considerações a seguir delineadas, com a ressalva de que este trabalho é apenas o prelúdio de um estudo que certamente merece ser aprofundado. Pela pesquisa efetuada, verificou-se que o Instituto dos Contratos, tem merecido estudo pelos doutrinários do Direito Privado, como se somente a este pertencesse, sempre do ponto de vista dogmático.

A pretensão deste trabalho é a reflexão sobre até que ponto pode o Instituto dos Contratos ser de ordem privada ou pública. Os contratos tiveram seu nascedouro a partir do interesse público e a nova concepção, ao interesse público retorna. Contemporaneamente se confirma que está cada vez mais difícil e confusa a distinção entre a esfera pública e a privada.

O relacionamento do Estado e Sociedade, viabiliza-se pela concretidade dos instrumentos jurídicos, que nem sempre satisfazem o lado social.

O Estado intervencionista da contemporaneidade confunde o público e o privado, distanciando-se cada vez mais dos anseios da Sociedade. Por um lado almeja a Ordem Social; por outro, esquece-se da Sociedade para impor seus padrões legais, num ato de extrema unilateralidade e inadequação ao desejo social.

A busca da Justiça contratual é apenas uma das lutas de massas, pois o desenvolvimento do capitalismo e a ineficiência do Estado, no controle dos abusos de poder, tornou-se realidade e discriminação para os mais fracos economicamente.

O desenvolvimento capitalista levou o Estado a interferir profundamente na regulação da autonomia da vontade, como forma de justificar a função social deste.

Possivelmente um dos Institutos mais modificados, no direito privado, foi o obrigacional; a influência das massas tende levar o Direito a reequilibrar-se sob os moldes da ordem social.

A evolução mercantil provocada pelo capitalismo trouxe para o mundo jurídico novas formas de contratar, que de certa maneira influíram na sua transformação conceitual. Dentre estes novos instrumentos, estão os contratos de adesão, utilizados correntemente pelas Instituições Financeiras, públicas e privadas.

A legitimação destes instrumentos é questionável. A Sociedade, pela posição nem sempre favorável que ocupa nas relações negociais, segue o conformismo da maioria. Tem o sistema bancário a normatização de seus contratos pelos costumes, com a submissão de dominados, considerar-se-á um contrato aceito pelo público desde que praticado reiteradamente.

Como o crédito hoje no Brasil é força que move a economia, consolidam-se os instrumentos arbitrários, sob a pseudo-aceitação das massas, surgindo as gritantes disparidades entre o contratante e o contratado. Este tipo de praxe demonstra que até os costumes são manipulados.

Desta forma a intervenção estatal, para ser eficaz, tem que estar consonante com os anseios de controle almejado pela sociedade, para frear o capitalismo monopolista privado, daí a necessidade de o Estado agir em conjunto e não unilateralmente.

O banco é sempre o mais forte, pela sua solidez econômica e controle dos organismos políticos que possui.

O Estado, quando intervém no controle das relações sociedade e oligopólios, preocupa-se mais em preservar o sistema capitalista através de medidas parciais, pois múltiplos interesses de poder estão em jogo. O acerto do interesse social fica para um segundo plano.

Hodiernamente o novo conceito de contrato, do qual não só o momento da manifestação da vontade importa, mas onde a condição social e econômica dos contratantes envolvidos ganha espaço, em busca do equilíbrio nas relações.

O Poder Judiciário tem tido oportunidade de acelerar o processo de reestruturação da Ciência do Direito, pois diante do anacronismo do Legislativo e Executivo, cabe ao Judiciário perquirir sua autonomia, assumindo seu papel de transformação dos postulados da dogmática e não sua legitimação, no sentido de aperfeiçoamento do Direito e da sociedade. São os juízes a classe de juristas mais diretamente ligados à realidade social e econômica das massas, pois é através deste organismo que os dominados buscam resgatar a equidade tão facilmente aviltada pelo monopólio capitalista.

Embora com algum descrédito, o Judiciário é a Instituição do Direito que carrega o devotamento da sociedade em busca da transformação e adequação da Justiça às suas reais necessidades.

Novas estratégias e instrumentos têm sido reivindicados e criados pelas massas sociais, para suprir a lacuna até então deixada pelo normativismo jurídico inoperante.

A legitimação da nova ordem jurídica certamente passa pela legitimação da sociedade, na medida em que o Estado de Direito reflita eficazmente a realidade social, mas para que isto ocorra o próprio comportamento e consciência social terão que evoluir, para que as Instituições Jurídicas realmente representem a realidade social.

Este trabalho, embora tenha tido o cunho de análise sobre um Instituto do Direito privado, na maioria das vezes discutido no sentido dogmático, ansiou por localizá-lo dentro da nova perspectiva da Ciência do Direito, com vista à ordem jurídica e social, uma vez que a transformação do conceito de contratos no Século XX, assumiu na intervenção estatal na sua concepção, visando a ordem Social, com a finalidade de harmonizador das relações entre grupos, através da instrumentalização formal. No entanto o desenvolvimento capitalista torna ineficaz os paradigmas tradicionais da Ciência do Direito, à medida que o próprio Estado atua de forma ilegítima intervindo sobre a economia, força motriz do Estado contemporâneo.

Tendo o Instituto dos contratos assumido papel de relevo na atualidade, presente na vida da sociedade em quase todos os seus atos praticados, está sem dúvida ligado ao processo social. As considerações finais são no sentido de que:

**A INTERVENÇÃO ESTATAL SE LIMITA A INSTRUMENTAR A SOCIEDADE, PARA QUE ELA AUTO-REGULE SEUS INTERESSES PRIVADOS, EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE SOCIAL; OU QUE A INTERFERÊNCIA ESTATAL PASSE A MANIFESTAR SEUS CONTROLES, COM BASE NA NEUTRALIDADE DOS INTERESSES MONOPOLISTICOS E POLÍTICOS, PELO CONSENSO SOCIAL, ATRAVÉS DA LEGITIMAÇÃO PELA SOCIEDADE.**

## **VII. BIBLIOGRAFIA**

*BIBLIOGRAFIA*

01. ABRÃO, Nelson. *Curso de direito bancário*. São Paulo : Ed. Revista dos tribunais, 1982.
02. AGUIAR, Roberto. *O que é justiça : uma abordagem dialética*. São Paulo : Ed. Alfa Omega, 1982.
03. ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 2ª ed. Brasília : Ed. UNB, 1992.
04. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
05. AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo : Saraiva, 1986.
06. BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
07. \_\_\_\_\_. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
08. \_\_\_\_\_. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
09. BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília : Ed. UNB, v. I/II, 1991.
10. BRANDÃO, Wilson de A. *Lesão e contrato do direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Aide, 1991.

11. CARVALHO, Mendonça de. *Contratos no direito comercial*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos.
12. Código Civil Brasileiro. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
13. Código Comercial Brasileiro. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
14. Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
15. Código de Defesa do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo : RT, 1990.
16. COELHO, Luis Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
17. CONSENTINI, Francesco. *La Reformé da Législation Civile*. Paris : Liv. Général de Droit et Justice, 1913.
18. Constituição do Brasil de 1937 : manuais de legislação atlas. São Paulo : Atlas
19. Constituição do Brasil de 1988. São Paulo : Ed. Jalovi.
20. COSTA, Wagner Veneziani. JUNQUEIRA Gabriel J.P. *Contratos*. São Paulo : Ícone, 1990.
21. COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. São Paulo : Saraiva, 1991.
22. CRETELLA, Júnior. *Curso de direito romano*. 10 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
23. ESCOBAR, Jorge H. *Contratos bancários*. 2 ed. Assunção, Paraguai : Ed. El Foro, 1988.

24. FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência Simbólica : o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo : Ed. da USP, 1988.
25. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1988.
26. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo : Saraiva, 1990.
27. GARRIGUES, Joaquin. *Contratos bancários*. Madrid : Aguirre, 1958.
28. GOMES, Orlando. *Contratos*. 12 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
29. JOSSERAND, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de la Théorie des contrats*. Paris : Revista trimestral do Direito Civil, vol. XXVI, pp 2/30.
30. KELSEN, Hans. *Qué es justicia?* Barcelona : Ariel, 1982.
31. KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
32. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid : Edersa, 1958.
33. LEITE, Armando Roberto Holanda. *Dos fatos e atos jurídicos*. São Paulo : Cortez, 1980.
34. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo : Saraiva, 1991.
35. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : UNB, 1980.
36. LUZ, Valdemar P. da. *Curso de contratos*. Porto Alegre : Sagra, 1991.

37. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor : o novo regime das relações contratuais*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
38. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
39. MEHREN, Von. *A General View of Contract*.
40. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil : direito das obrigações*. São Paulo : Saraiva, vol. 5, 1985.
41. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro : Ediouro, 1982.
42. OLIVEIRA, Anísio José. *A teoria da imprevisão nos contratos*. São Paulo: Leud, 1991.
43. \_\_\_\_\_. *A cláusula "Rebus sic stantibus" através dos tempos*. Belo Horizonte : A Ibérica Encadernadora Ltda, 1968.
44. PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2ª Ed. Florianópolis : Ed. Estudantil, 1988.
45. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
46. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1974.
47. \_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1973.
48. Projeto do Código Civil Brasileiro. N° 634/75.
49. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Valmireh Chacon. Brasília : Ed. da UNB, 1981.

50. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
51. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil, dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo : Saraiva, Vol. III, 1987.
52. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires : Ed. Universidade de Buenos Aires, 1977.
53. ROUSSEAU, Jean - Jacques. *O contrato social*. Trad. de Rolando Roque da Silva. São Paulo : Cultrix, 1989.
54. SAN THIAGO, Dantas. *Evolução contemporânea do direito contratual*. RT 195/144.
55. SANT'ANA, Rubens. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro : Aide, 1990.
56. SALEILLES, Raymond. *De la declaration de volonté*. Paris : F. Pchom - Successeur, 1901.
57. SERPA, Lopes. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro : Liv. Freitas Bastos, 1964.
58. SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
59. VAMPRÉ, Spencer. *Da lesão enorme e do sujeito do direito perante o código civil*. São Paulo : Ed. Magalhães, 1928.
60. WIEACKER, Franz. *El principio general da la buena fede*. Madrid : Civitas, 1986.
61. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.

**Revistas**

62. FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Repertório enc. do direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Ed. Bolsoi, Vol. IX.
63. JUNQUEIRA, Luiz Zenun. *Natureza jurídica do contrato bancário*. Porto Alegre : TJRS Ajuris, 42/212.
64. LEME, Lino Moraes de. *Revista Forense*, vol. 171, 1957.
65. NORONHA, Fernando. *Apostila de teoria geral das obrigações*. 1988.
66. SCHWAB, Dieter. *Validade e controle das condições gerais dos negócios*. Porto Alegre : Revista TJRS / Ajuris, 41/15, 1987.
67. *Revista Seqüência*. Florianópolis : Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, nº 19.