

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**ABUSIVIDADE DOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITO EM CONTA
CORRENTE NO ÂMBITO DO CDC**

Astolfo Lopes Cançado Netto
Bacharelando

Prof. Márcio Campos
Orientador

Florianópolis, agosto de 1998.

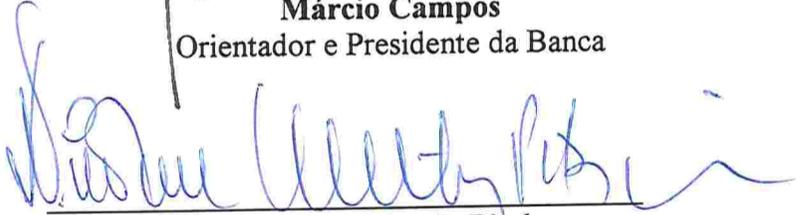
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

A presente monografia final, intitulada **ABUSIVIDADE DOS CONTRATOS BANCÁRICOS DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE NO ÂMBITO DO CDC**, elaborada por **Astolfo Lopes Cançado Netto** e aprovada pela banca examinadora, composta pelos professores abaixo assinados, obteve a aprovação com nota **10 (dez)**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamento na UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.

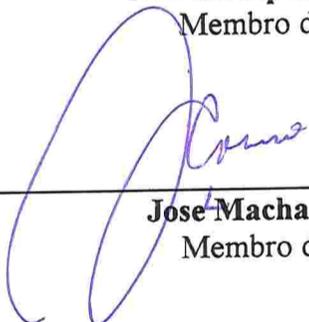
Florianópolis, 12 de agosto de 1998.



Márcio Campos
Orientador e Presidente da Banca



Nicolau Apóstolo Pitsica
Membro da banca



Jose Machado Corrêa
Membro da banca

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
1. A TEORIA DO CONTRATO E SUA EVOLUÇÃO	06
1.1 A Visão Tradicional do Contrato.	06
1.2 A Crise do Direito e do Sistema Contratual.	11
1.3 A Nova Realidade Contratual: Contratos de Adesão e as Condições Gerais dos Contratos.	15
1.4 A Nova Concepção da Teoria Contratual: Seus princípios fundamentais e sua função social.	21
2. O SURGIMENTO DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	27
2.1 Pressupostos históricos, econômicos e jurídicos.	27
2.2 O Código de Defesa do Consumidor como Micro-Sistema.	34
2.3 O Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.	38

2.4 A Proteção Contratual no âmbito do CDC.	41
2.5 As Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor.	45
3. DO CONTRATO BANCÁRIO DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE	50
3.1 Conceito e Características.	50
3.2 Da Inserção do Contrato Bancário de Crédito em Conta Corrente no âmbito da Proteção Consumerista.	55
3.3 Das Cláusula abusivas presentes no Contrato Bancário de Crédito em Conta Corrente com base no Código de Defesa do Consumidor e legislação pertinente.	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
BIBLIOGRAFIA	77

INTRODUÇÃO

O nosso objetivo neste trabalho é traçar um perfil de um aspecto polêmico, em torno dos Contratos Bancários de Crédito em Conta em Corrente e as cláusulas abusivas criadas de pelo Código de Defesa do Consumidor.

O método predominante de abordagem que será utilizado para este trabalho é o método dedutivo e sistêmico (geral para o particular: análise da doutrina recente a respeito do tema), também sendo usado o método indutivo (casos específicos, concretos: jurisprudenciais, principalmente). Naturalmente o direito positivado vai servir de constante subsídio para a pesquisa.

Dentro deste escopo, dividiremos o presente trabalho em três momentos: No primeiro trataremos da evolução da teoria contratual, da edição de novos princípios contratuais que afetaram sobremaneira um dos mais importantes institutos jurídicos dos novos tempos: o contrato.

Neste primeiro capítulo, demonstraremos a concepção tradicional do contrato, onde a relação contratual tem na sua base os princípios fundamentais da liberdade contratual e da obrigatoriedade ou vinculatividade do contrato. Estes dois princípios são, sem dúvida, desdobramentos do princípio da autonomia da vontade, segundo o qual, alguém só pode ser vinculado pelas obrigações que, voluntariamente, tenha assumido.

Uma nova realidade surgida a partir do incremento da produção industrial e sua decorrente oferta em massa de bens e serviços, resultantes da evolução do tráfico mercantil e comercial, geraram por consequência

contrações também em massa para as quais as regras até então determinadas para a aplicação aos contratos não possuíam o condão de responder às novas necessidades, operando-se assim uma crise na teoria dos contratos.

Com o advento da sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandarizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplinas dos contratos de massa, destaca-se neste estudo, os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.

Hoje estes métodos predominam em quase todas as relações entre fornecedores e consumidores, deixando evidenciado o desequilíbrio entre os contraentes, onde um é autor efetivo das cláusulas, e outro apenas aderente.

No intuito de reequilibrar esta relação, instituiu-se a Lei 8.078/90, é o chamado Código de Defesa do Consumidor, representando uma enorme inovação no ordenamento jurídico pátrio, uma verdadeira mudança na ação protetora do direito. Com esta legislação, valoriza-se a função do direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor cumprindo o seu desiderato de proteger o consumidor das desigualdades presente nos contratos oferecidos no mercado consumo prevê a criação de novos direitos, tais como o direito à informação e princípio básico de transparência. A proteção oferecida pela

citada legislação opera quando da tratativas negociais, da elaboração das cláusulas contratuais, da interpretação e da execução dos contratos.

No terceiro e último momento deste trabalho, trataremos das cláusulas abusivas inseridas no contexto dos contratos bancários de crédito em conta corrente. Neste aspecto das cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor buscou inovar o direito das obrigações, principalmente no que toca ao princípio do *pacta sunt servanda*. Esta codificação reduziu a aplicação dada à autonomia da vontade para coibir contratação de certas cláusulas que afetavam o necessário equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, garantindo assim as legítimas expectativas depositadas na relação contratual.

Cumprе enfatizar que procuramos, também, dar acentuado destaque à análise jurisprudencial, especialmente no tocante às questões mais polêmicas trazidas pelos acórdãos pesquisados. O trabalho tem o modesto propósito de enriquecer o tema e não esgotá-lo, mas também de traçar as diretrizes que reputamos as mais consentâneas para cada situação.

Como todo trabalho humano, este apresenta erros, com certeza. Entretanto, procuramos dar ênfase aos aspectos tratados, na intenção de contribuir para o debate e o aperfeiçoamento do tema, especialmente no tocante à abusividade dos contratos bancários de crédito em conta corrente no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

1. A TEORIA DO CONTRATO E SUA EVOLUÇÃO.

1.1 A Visão Tradicional do Contrato.

Na Ciência jurídica do século XIX, a autonomia de vontade era a pedra angular do Direito. A concepção do vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor e vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual. Como afirma Gounot, *da vontade livre tudo procede e à ela tudo se destina.*¹

É a época do liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no direito. A função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contraentes.

Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual. Esta concepção voluntarista e liberal influenciará as grandes codificações do Direito e repercutirá no pensamento jurídico do Brasil, sendo aceita e positivada pelo Código Civil Brasileiro.²

¹ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. – 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

² MARQUES, *op. cit.*, p. 29.

Friedrich Karl von Savigny definiu o contrato como *a união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes.*³

O referido conceito no permite extrair o elemento básico que caracterizava a concepção tradicional do contrato, ou seja, *o princípio moral da autonomia da vontade*, onde a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é o cerne, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei.

Deste elemento básico elevado à condição de *princípio* pela teoria contratual clássica, tem-se como seus desdobramentos *o dogma da liberdade contratual e da obrigatoriedade ou vinculatividade do contrato.*

A liberdade contratual compreende uma somatória das liberdades de contratar ou não contratar, de determinar o contrato a ser celebrado, de negociar o conteúdo do contrato e de escolher forma conveniente.

A obrigatoriedade do contrato significa a vinculação , de negociar o conteúdo do contrato e de escolher forma conveniente. A obrigatoriedade do contrato significa a vinculação das partes ao que foi por elas estipulado, a obrigatoriedade de cumprimento, sob pena de sanções previstas, quer dizer *o contrato é lei entre as partes.*

Estes dois princípios são ,sem dúvida, desdobramentos do princípio da autonomia da vontade, segundo o qual, alguém só pode ser vinculado pelas obrigações que, voluntariamente, tenha assumido.

³ MARQUES, *op. cit.*, p. 16.

Cumpra, aqui, lembrar que estes conceitos são tratados em meio de uma concepção formalista, meramente teórica, de igualdade, mostrando que os homens eram livres e iguais em direitos, sem se preocupar de saber se a todos eles seriam proporcionadas condições concretas necessárias para exercitarem tais liberdades.

Dentro deste entendimento, colaciona-se o ensinamento do Professor Orlando Gomes: *O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessário à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm para os contratantes unilateral, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação do contrato ou alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades.*”⁴

A doutrina clássica tinha o contrato sempre como justo pois, querido pelas as partes, era resultantes da soma livremente disposta, dos interesses dos contraentes. Presumia-se o equilíbrio entre as prestações e as partes. Assim, a liberdade de contratar era limitada tenuemente pela ordem pública e pelos os bons costumes. Observados esses limites, as partes podiam convencionar o que bem

⁴ GOMES, Orlando. Contratos. -11ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.65.

quisessem, aspecto da liberdade individual sob o princípio de que tudo que não é proibido é permitido.

Neste diapasão, a *Teoria Clássica do Contrato* afirma que somente a vontade livre e consciente, manifestada sem influência externas coatoras deverá ser considerada pelo direito. Aqui, portanto o fundamento básico da *Teoria dos Vícios do Consentimento*, presente no Estatuto Civil Brasileiro (arts. 86 a 113), pois se a gênese do contrato estiver viciada pela vontade de uma das partes, o negócio jurídico é passível de anulação.

No que tange às efeitos práticos do *dogma da autonomia da vontade*, cumpre salientar que se o consentimento viciado não obriga de tal maneira que mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá ele, dentro da visão tradicional, recorrer a proteção do direito.

As origens desta concepção tradicional do contrato, que está intimamente ligada a idéia de autonomia da vontade, segundo a melhor doutrina francesa são quatro⁵:

a) *O direito canônico* que contribui decisivamente para a formação da autonomia da vontade, pois para estes a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo, libertando assim, o contrato do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana;

b) *A teoria do direito natural*, é nesta em que se situa a base teórico-filosófica mais importante na formação dos dogmas da concepção clássica (a autonomia da vontade e a liberdade contratual), tendo como seu principal

⁵ MARQUES, *op. cit.*, p. 34.

teórico Kant que idealizava a pessoa humana como um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois, é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza e a autonomia da vontade seria o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que lhes correspondem;

c) *Teorias de ordem política e a revolução francesa* - O direito moderno nasce com o advento da Revolução Francesa tendo a *teoria do contrato social* influenciado profundamente o direito dos contratos. A teoria de Rousseau propõe a idéia de contrato como base da sociedade, sociedade politicamente organizada, ou seja o Estado, onde sua autoridade encontra fundamento no consentimento dos cidadãos que unem as suas vontades para formar a sociedade. Neste aspecto o contrato se torna não só a fonte de obrigações entre os indivíduos como também a base de toda a autoridade. Frisa-se por fim, como a maior realização da Revolução Francesa no campo do direito, o *Code Civil* de 1804, que veio influenciar grande parte dos ordenamentos jurídicos de mundo, eleva como valor supremo de seu sistema contratual a autonomia da vontade, afirmando, em seu art. 1.134, que as convenções legalmente formadas têm lugar das leis para aqueles as fizeram. Esta visão extremamente voluntarista do direito contratual influenciará várias codificações, inclusive a nossa, moldando para sempre a concepção clássica dos contratos;

d) *Teorias econômicas e o Liberalismo* - As teorias econômicas do século XVIII, em resposta ao corporativismo e as limitações impostas pela igreja católica, propõem a liberdade como panacéia universal. Para estas teorias, é basicamente necessária a livre movimentação das riquezas na sociedade, sendo que o contrato é o instrumento colocado à disposição para que

esta movimentação aconteça. Acreditava-se na época que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionando a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual.⁶

1.2 A Crise do Direito e do Sistema Contratual.

Uma nova realidade surgida a partir do incremento da produção industrial e sua decorrente oferta em massa de bens e serviços, resultantes da evolução do tráfico mercantil e negocial, geraram por consequência contrações também em massa para as quais as regras até então determinadas para a aplicação aos contratos não possuíam o condão de responder às novas necessidades.⁷

As transformações operadas na sociedade como um todo em razão do fenômeno da Revolução gerou a denominada massificação da sociedade. Esta massificação, como bem apanhou Fernando Noronha, operou-se nas cidades que foram convertidas em gigantescas colmeias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, o rádio, e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar impostas as pessoas componentes de grupos, por ato de membro não identificados; no processo civil, com as ações coletivas visando a tutela dos interesses difusos e coletivos e também nas relações de consumo, com os contratos padronizados e de adesão.⁸

⁶ MARQUES, *op. cit.*, p. 36.

⁷ MANDELBAUM, Renata. Contratos de Adesão e Contratos de Consumo, 1ª ed., Revista dos Tribunais: São Paulo. p. 11.

⁸ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. Saraiva: São Paulo. p.41

Continua o citado Professor, ainda na mesma obra, que especificamente no que diz respeito à massificação nos contratos, ela é consequência inexorável do próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de empresas existentes no mercado, como também exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios simplificassem as suas transações, através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais.

As alterações apontadas, aliadas a tantas outras de menor relevo e expressão, fizeram com o que os princípios disseminados a partir da Revolução Francesa pelo liberalismo, tendo como eixo basilar, no tocante ao Direito Contratual, a autonomia da vontade e a liberdade das partes em determinarem o conteúdo dos contratos, fossem, em virtude das mudanças ocorridas no campo da economia, transformados.

Em função disto, o direito se viu obrigado a se modificar para acompanhar essa nova realidade, pois os mecanismos jurídicos existentes não mais eram mais suficientes para a nova realidade. As novas realidades introduzidas pela Revolução Industrial não mais condiziam com os postulados defendidos pela Revolução Francesa, gerando conflitos. O antigo sistema aplicado não possuía mecanismo para solucionar os problemas surgidos a partir da nova realidade.

A mudança do enfoque dos conceitos de propriedade e riqueza, e a passagem de uma economia baseada na terra para uma economia industrial são alterações, que por sua vez, não foram de imediato compreendidas

pelo direito vigente. Sendo assim, a terra deixou de ser a fonte principal de riquezas, fazendo com que ocorresse um grande êxodo rural

Estas transformações situadas nos campos das indústrias e do comércio influenciaram o ordenamento jurídico e a própria postura do Estado, que passou de liberal, como preconizado na Revolução Francesa, para a intervencionista. Neste sentido, observou Fernando Noronha em sua obra *Direito e Sistemas sociais - A Jurisprudência e a Criação de Direito para Além*, que o direito espelha a sociedade em que se insere. E vai mais além, a sociedade constitui um sistema econômico-político-cultural, com uma determinada organização. O direito integra tal organização, é um dos complexos dela disciplinadores.

Também com profunda propriedade, afirma José Eduardo Faria em seu trabalho *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica - O Direito como instrumento de transformação social*, que o direito deve acompanhar a realidade dos fatos, sob pena de não ser instrumento adequado e eficaz para a solução dos conflitos. O direito deve servir como mecanismo de solução, e não apenas como imposição de determinações gerais.

O surgimento da contratação em massa provocou a primeira significativa alteração na Teoria Contratual. Com esta rompeu-se os dogmas da liberdade contratual e autonomia da vontade.

As maneiras de formalização dos negócio jurídicos, dentre as quais situamos os contratos, sofreram profunda alterações, na medida em que as

estratégias negociais passaram da esfera paritária⁹ para as negociações em grande escala, sem expressa participação de todos os contraentes na formulação do contrato, pois os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e os acordos de vontades, neles inseridos, mais aparentes do que reais. Desta forma restou claro o desnível entre os contraentes, um autor efetivos dos termos contratuais e um outro simples aderente, acabando com a idéia de que promovendo a liberdade contratual, estaria-se assegurando a justiça contratual.

“A técnica de contratação em massa surgiu a partir da Revolução Industrial, quando as transações entre particulares, empresas, indústrias e instituições bancárias tomaram volume tal que, da mudança ocorrida na estrutura econômico-financeira, surgiu a necessidade de alteração da estrutura contratual. Confronte-se, a respeito das alterações sofridas nos sistemas jurídicos como reflexos da economia capitalista, o trabalho de Cláudia Lima Marques, em que autora observa que, para chegarmos ao ponto central que é a expressão de economia aplicada em todo mundo, temos que observar a evolução sofrida pela forma de contratação, e esclarece ainda ser o direito fruto das mudanças sofridas nas realidades sociais que se operam entre os povos, e que estas transformações influenciam diretamente a formação do direito, sendo fatores determinantes para o surgimento de novas situações que devem ser tuteladas por não serem anteriormente previstas. Observa a autora que devemos dar ênfase à questão da função social do direito e à função social do contrato para o estabelecimento dessas novas modalidades de relação.”¹⁰

⁹ *Nesta, os contraentes se encontravam em uma mesma posição para discutirem as cláusulas contratuais, sendo esta relação o contexto da Teoria Clássica.*

¹⁰ MANDELBAUM, *op. cit.*, p. 14.

As mudanças em torno da sociedade e dos sistemas de produção e distribuição de bens e serviços postou o Direito, e principalmente a Teoria dos contratos, em uma crise institucional proporcionada pela inexistência de previsão jurídica para dirimir os novos conflitos criados por situações não previstas nos antigos quadros de produção e distribuição.

O ordenamento jurídico se tornou, assim, inócuo frente às novas imposições criadas pelo novo modelo, fazendo com que o Direito, e particularmente a Teoria Contratual, sofressem profundas alterações em seus conceitos; assunto, este, que será devidamente tratado em momento oportuno.

1.3 A Nova Realidade Contratual: Contratos de Adesão e as Condições Gerais dos Contratos.

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandarizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplinas dos contratos de massa, destaca-se neste estudo, os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.

“Como se observa na sociedade massa atual, a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pela suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Estes contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a

prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contraentes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade, e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais.”¹¹

Na concepção tradicional do contrato, como já demonstrado anteriormente, a relação contratual seria fruto de dois contraentes que se encontram em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais.

Pode-se afirmar, que ainda hoje existem contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, mas são em número muito limitado e geralmente nas relações entre dois particulares e mais raramente entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico.

“No contrato de adesão o seu conteúdo é preestabelecido por uma das partes, restando à outra somente a possibilidade de aceitar em bloco as cláusulas estabelecidas, sem poder modificá-las substancialmente, ou, então, recusar o contrato e procurar outro fornecedor de bens. Assim, os consumidores que desejam contratar com a empresa ou mesmo com Estado já receberão pronta e regulamentada, geralmente em formulários impressos, a relação contratual, seus direitos e obrigações, não havendo negociação individual dos termos desse

¹¹ MARQUES, *op. cit.*, p. 40.

contrato. Desta maneira, limita-se o consumidor a aceitar (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas do contrato, assumindo um papel de simples aderente à vontade manifesta pela empresa no instrumento contratual massificado.”¹²

“A expressão *contrats d’adhesion* foi atribuída a Raymond Saleilles, o qual pretendia destacar, através do emprego da denominação - contratos de adesão - que estaríamos diante de um contrato em que somente uma vontade predominava, a qual ditava a sua lei, o conteúdo do contrato, que seria destinado não somente a um indivíduo, mas a uma coletividade, um número indeterminado de pessoas, as quais iriam se limitar a aderir”¹³

Para o autor francês, o contrato de adesão se aproximava de uma declaração unilateral de vontade, aproxima-se mesmo da *lex romana*, do regulamento, devendo esta característica ser levada em conta quando da interpretação dos contratos, apesar que, hoje, a doutrina é unânime em aceitar o caráter contratual dos contratos de adesão.

Neste sentido, cumpre afirmar que nos chamados contratos de adesão, a manifestação da vontade se faz presente, mas assume outra forma que não o consentimento tradicional apregoado pela teoria contratual clássica. A vontade, *in casu*, vem expressa através de adesão. A doutrina que propugnava a livre manifestação da vontade como eixo central das contratações alterou-se, e o foco passou a ser a teoria da confiança, em razão de que, hoje, o aderente não manifesta expressamente sua vontade quanto ao conteúdo do contrato e das

¹² MARQUES, Claudia Limas. Revista de Direito do Consumidor n.1 – 1ª – Revista dos Tribunais, São Paulo: 1993, p. 30.

¹³ MANDELBAUM, *op. cit.*, p. 127.

condições contratuais preestabelecidas, limitando a sua vontade a aderir ou não à totalidade do lhe é apresentado.

O modo de manifestar-se a vontade, o consentimento pela adesão, não é o único elemento que caracteriza o contrato de adesão, sendo que outros aspectos devam ser levados em conta para melhor configurá-lo, tais como a uniformidade e abstratividade das cláusulas. Estas devem ser formuladas de modo abstrato, não pensando-se em um caso concreto, mas em todos os possíveis contrantes singulares, e devem ser também pré-constituídas, estabelecidas por uma das partes, unilateralmente. O texto redigido por uma das partes não admite discussão pela outra, o livre consentimento é substituído pela adesão e as negociações preliminares são eliminadas.

Os contratos de adesão não são dirigidos a um negociante em particular, mas ao público em geral. Pode-se mesmo observar ser este o primeiro momento de formação dos contratos de adesão, a colocação do contrato no mercado para um público indeterminado ou, quando determinável, não especificado, a oferta pública de contratos padronizados ao público. O segundo momento de surgimento do contrato se configura quando o ofertante e o aderente entram em contato, sendo realizada a entrega do contrato-formulário e operada adesão, pelo aderente, a um contrato cujo conteúdo estava preestabelecido, sendo a manifestação da parte operada pela adesão aos termos propostos.

Para uma melhor compreensão do tema, Renata Mandelbaum apontou as principais características elementos do contrato de adesão¹⁴:

¹⁴ MANDELBAUM, *op. cit.*, p. 153.

a) adesão em bloco: a adesão se faz a todo um conjunto de condições e estipulações predispostas;

b) vontade sem discussão: a adesão constitui uma verdadeira declaração da vontade sem discussão alguma, a liberdade do contratante fica restrita à possibilidade de contratar ou não, esta característica é defendida por aqueles que entendem o contrato de adesão como declaração unilateral de vontade do proponente;

c) confiança do aderente: principalmente no aspecto que vamos abordar como foco central do presente trabalho, o contrato de consumo como um contrato de adesão, está clara a confiança que o aderente deposita no estipulante, ao eleger determinada marca, por influência da publicidade, tradição no mercado, marca. etc;

d) liberdade viciada: a liberdade de contratar é substituída pelas necessidades do tráfico mercantil de agilização, com conseqüente padronização e predeterminação das condições, que degenerou em império de vontade e foi substituída pela pressão realizada pelos hierarquicamente superiores.

Quanto aos contratos submetidos a condições gerais, existe também uma pré-elaboração do conteúdo do contrato que virá a ser firmado, mas o índice de cláusulas, que formam estas condições gerais do contratos pode não estar inserida no instrumento do contrato, ou porque constitui um anexo, ou porque está fixada no estabelecimento do empresário ou simplesmente porque o contrato foi oral ou firmado via computadores.

Entende-se por esta forma de contratação, isto é, os contratos submetidos a condições gerais, aqueles contratos escritos ou não escritos, em que

o adquirente aceita tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham disciplinar o seu contrato específico. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos, onde independe o tipo do contrato a ser firmado.

Neste ponto, pode-se citar como exemplos os contratos de transporte, contratos a vista em supermercados e até mesmo alguns contratos bancários. Assim, por vezes, condutas sociais típicas na sociedade indicaram um fechamento de um contrato e a aceitação de determinadas cláusulas gerais, como por exemplo, ao embarcar em um ônibus, ou a hospedar-se em determinado hotel, fecha-se um contrato submetido a determinadas condições gerais ou condições de utilização afixadas em um lugar visível para o consumidor.¹⁵

Como se pode notar, os conceitos de *condições gerais dos contratos* e *contratos de adesão* não são, portanto, sinônimas. As expressão *condições gerais* pode englobar todos os contratos de adesão tanto os que usam formulários impressos, os contratos modelo e os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores, com a única diferença que nestes casos as condições gerais estão inseridas no próprio texto do contrato e não em instrumento anexo, como normalmente.

¹⁵ MARQUES, *op. cit.*, p. 31.

1.4 A Nova Concepção da Teoria Contratual: Seus princípios fundamentais e sua função social

A evolução do Estado liberal para social recolocou em discussão a questão da *função social* do contrato, sendo esta de interesse essencial quando se procura saber quais são os valores fundamentais visados pelo ordenamento jurídico quando tutela os contratos.¹⁶

Nesta nova visão, o contrato é tratado dentro de uma concepção *social*, de tal maneira que não só o momento da manifestação da vontade importa, mas também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição econômica dos contraentes ganha importância.

Como se nota, o interesse basilar da questão da *função social* do contrato está em despertar a atenção para o fato de que a *liberdade* contratual não se justifica, e deve cessar, quando a iniquidade, atentatórias de valores de *justiça*, que igualmente têm peso social.¹⁷

O atual Projeto de Código Civil, atualmente tramitando pelo Senado Federal, prevê em seu artigo 421 que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". A própria Constituição Federal Brasileira dispõe em seu artigo 170 que a *propriedade* deverá, também, obedecer a sua função social. Neste aspecto convém lembrar que função social do contrato não é apenas privativa destes, pois todo o universo

¹⁶ NORONHA, *op. cit.*, p. 81.

¹⁷ NORONHA, *op. cit.*, p. 82.

jurídico deve ser utilizado nos ditames de uma função social, que dispensa referência expressa.

A partir deste momento, a autonomia da vontade não seria mais a única fonte da obrigação. Segundo Emilio Betti a autonomia da vontade deveria ser entendida como auto-regulamentação dos interesses particulares. Sendo assim o contrato se tornaria um ato de auto-regulamentação de interesse das partes e portanto, por excelência, um ato de autonomia privada, mas este ato deveria ser realizado nas condições permitidas pelo direito, pois somente assim a lei dotaria de eficácia jurídica o contrato.

Segundo Cláudia Lima Marques, “o contrato seria, então, um instrumento que o Direito oferece para possibilitar a auto-regulamentação dos interesses dos particulares. A vontade é pressuposto e fonte geradora das relações já reguladas em abstrato e em geral, pelas normas jurídicas. A ordem jurídica é que, em última análise, reconhece a autonomia privada, é ela pois, quem pode impor limite a esta autonomia.”¹⁸

Afirma esta mesma autora que estes postulados abalaram a onipotência da vontade individual na teoria do direito. Valores como a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas tomam o lugar ao lado da autonomia da vontade na nova teoria contratual.

Aqui, a concepção clássica cunhado por Savigny, onde o dogma da vontade é tida como criadora e única legitimadora do vínculo obrigacional, deixa de prevalecer frente à chamada *Teoria da Confiança*. Nesta o

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. – 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 76.

elemento social é representado pela *confiança* e admite-se a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, fez nascer no outro contraente a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações. No dizer de Claudia Lima Marques: “Em outras palavras, na nova concepção de contrato, o declarante deve responder pela confiança que o outro contratante nele depositou ao contratar.”¹⁹

Modernamente, tem-se na função do direito dos contratos como orientador da relação obrigacional e como realizador da equitativa distribuição de deveres e direitos, realizando assim a dita equidade contratual, através da equivalência das prestações, na proteção da confiança e da boa-fé objetiva.

Com o desenvolvimento da *função social* no âmbito da Teoria Contratual, o direito ideal positivista da ciência, reconhece a influência do social e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas.²⁰

Nesta nova fase a que se insere o instituto contratual novos princípios fundamentais passam a rege-lo e autodelimitando-se reciprocamente. Estes são, no entender do Professor Fernando de Noronha, os seguintes: *o princípio da autonomia privada, da boa-fé objetiva e da justiça contratual.*

A respeito destes, o referido professor afirma que "são os três princípios que atuam no âmbito interno do microssistema jurídico que é o contrato. Por isso, poderemos mesmo dizer que eles compõem a *ordem pública*

¹⁹ MARQUES, *op. cit.*, p. 76.

²⁰ MARQUES, *op. cit.*, p. 78.

contratual. Perante estes três princípios, os demais constituirão a *ordem pública externa* dos contratos, já que atuam no âmbito do sistema maior, que é o ordenamento jurídico.²¹

Estes correspondem aos três valores que são tidos como "os valores jurídicos da civilização ocidental": a liberdade, a ordem e a justiça. São esses segundo, Fernando de Noronha, os valores fundamentais que intentam implantar os sistemas jurídicos ocidentais, tanto os de *civil law* como os de *common law*.

O princípio da autonomia privada traduz-se na liberdade de as pessoas regularem, através de negócios jurídicos, os seus interesses, em especial no tocante a produção e a distribuição de produtos e serviços. Este pode ser comparado à livre iniciativa insculpida no artigo 170 da Constituição Federal Brasileira.

A autonomia privada é fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos.

A liberdade contratual pode ser melhor situada como uma *liberdade negocial*, ou seja expressa a liberdade quanto a realização ou do negócio e a discussão de seu conteúdo.

O princípio do consensualismo se relaciona quanto à forma que devem revestir os contratos e os negócios jurídicos unilaterais. Este nasce principalmente, da necessidade da proteção das partes mais fracas, em contratos de adesão, traduzindo assim, segurança das transações e a padronização dos contratos.

²¹ NORONHA, *op. cit.*, p. 15.

O princípio do efeito relativo dos contratos prevê que as partes são livres para contratar, dentro da esfera de auto-regulamento de interesses marcada pela autonomia privada, em princípio a vinculação que criaram só a elas atingirá, e não a terceiros. Para estes o contrato será, no dizer de Fernando Noronha *res inter alios acta e res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* (coisa feita entre outros não prejudica nem beneficia a terceiros).

O princípio contratual da boa-fé consiste no dever de cada parte a agir de forma a não defraudar a confiança legítima da contraparte. Esta é indispensável para a tutela da segurança jurídica, para a garantia da realização das expectativas legítimas das partes. Quando a Lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso, esta apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito. Portanto deve-se entender o princípio da Boa-fé objetiva como uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento contratual do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Este consiste no dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. São eles que traduzem a confiança indispensável à vida de relação e ao intercâmbio de bens e serviços de que os contratos são os instrumentos.

Afirma o Professor Noronha, em seus textos ministrados em aulas pela Universidade Federal de Santa Catarina, que a boa-fé objetiva contrapõe-se a subjetiva, que não é mais que uma crença errada, um estado de ignorância sobre as reais características da situação jurídica que estiver em causa.

Este citado dever de agir deve ser seguido em todas as fases do contrato. Portanto deve este observado nas fases da negociação, insurgindo assim uma responsabilidade pré-contratual; na conclusão do acordo; e ainda mais na sua interpretação como também na sua execução.

Quanto ao princípio da justiça contratual tem o intuito de realizar um efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes nos contratos cumutativos, que são, de longe mais importantes, pois expressam uma equiparação de ambas as prestações.

O equilíbrio contratual deve assegurar, tanto ao polícitante quanto ao oblato, igualdade no momento da contratação, atingindo assim a justiça formal. Sendo é imperioso considerar que o contrato celebrado seja justo.

Não atingindo este fato, teremos os chamados contratos iníquos, impedindo assim a relação de equivalência. Neste contratos a referida equivalência falta já no momento da celebração do contrato, na onerosidade excessiva, correção monetária e os demais encargos contratuais.

Neste aspecto cumpre lembrar nos contratos de adesão ou nos contratos submetidos à cláusulas gerais, podem existir uma situação de desequilíbrio entre as partes contratantes, mas não produz um contrato substancialmente injusto.

Desta necessidade, nasceu o Código de Defesa do Consumidor, editando normas cogentes e de ordem pública, com o intuito de regular as relações no mercado de consumo.

2. O SURGIMENTO DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR.

2.1 Pressupostos históricos, econômicos e jurídicos.

A Constituição Federal de 1988 deu o primeiro passo no sentido de uma proteção mais concreta do consumidor no Brasil. A partir da Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990, cuja criação era prevista pelo art. 48 da ADCT, uma gama expressiva de relações jurídicas passa a ser especialmente balizada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Seguindo o exemplo de diversos países industrializados, o Brasil passa a dar regramento específico a essas relações que, pelo fenômeno da massificação, restaram orfãs quanto ao sistema do Código Civil de 1916.

O tema deste estudo, como já foi dito antes, é, justamente, a situação dos contratos bancários de crédito em conta corrente a partir da criação do Código de Defesa do Consumidor. Ante de enfrentá-lo, porém, precisamos compreender melhor o processo histórico que resultou no surgimento de leis especiais, entre as quais estão as leis protetivas do consumidor. Nesse sentido escolhemos como ponto de partida o Código de Napoleão.

Em fins do século XVIII, as mudanças sociais, culturais, religiosas e econômicas eram tão rápidas e irreversíveis que se tornou inevitável a completa conturbação do mundo político. Assim, a burguesia, classe emergente que contribuiu de forma decisiva para a riqueza da Europa pós-medieval, passou a exigir com mais força um lugar de destaque nesse jogo do poder. E foi na França, que posições extremadas acabaram por efetivar mudanças basilares e necessárias, trazendo assim ao universo jurídico, efeitos que precisam ser lembrados.

Após a conquista do poder, os revolucionários trataram de impor os seus ideais de liberdade. Surge, assim, uma declaração de direitos que, embora não seja a primeira da história, tem o mérito de ser a mais radical, até então, na proteção do indivíduo frente ao Estado.

O passo seguinte é a Constituição, em 1791, primeiro diploma jurídico europeu a reger os direitos do indivíduo frente ao Estado que corporifica a noção de “Código”, ensejando, assim, o surgimento do Código Civil de 1804 que é realmente a grande obra-prima da burguesia, do ponto de vista jurídico.

Ante do *Code Civil* não houve nenhum “Código” com suas²² características. E aqui está o segundo termo que precisa ser bem compreendido. Partindo da definição de Sistema, acima, podemos dizer que o *código surge como um diploma legal onde constam todas as normas jurídicas que regem determinado ramo de relações interpessoais. Assim temos o Código Civil como*

²² MARTINS, Judith Costa. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, RT-680, Ed. Revistas dos Tribunais, p. 48.

um “sistema de direito privado”; um sistema hermético, no qual não se admite outra fonte que não seja a própria lei.

A ideologia do *Code Civil*, sem dúvida, vê o código como um sistema fechado, completo e auto-referente; ou seja, não há lacunas a serem completadas. Antes, as fontes eram diversas, falava-se em pluralidade de fontes, em oposição ao “absolutismo jurídico” que colocou na mãos do Estado o monopólio da produção jurídica. Os poderes do Estado passam a ser classificados pela sua atividade em relação à Lei, tendo como raiz desta concepção o jusnaturalismo, onde o direito se equivaleria a um sistema fechado de verdades da razão, derivando do conhecimento de verdades filosóficas, um sistema de regras que são o resultado de uma rigorosa construção lógico-matemática, a qual parte de regras gerais, deduzidas do raciocínio.

A liberdade é vista como “liberdade natural” e somente a vontade do homem livre a pode restringir. Logo, a lei, concebida como expressão da vontade livre, assume papel importantíssimo no panorama jurídico e tal doutrina acaba por se reproduzir, também, no direito contratual.

Neste contexto, o contrato passa a ser entendido como a consubstanciação de um relacionamento entre indivíduos dotados de vontade livre, o que o faz tornar “lei entre as partes”, sendo, portanto, o direito contratual limitado a proteger a sacralidade do pacto e corrigir defeitos derivados, tão somente, dos vícios de vontade. Na abóbada dessa construção ideológica temos o princípio *pacta sunt servanda*.

Na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito. “A concepção do vínculo contratual desse período

está concentrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação contratual. É a época do Liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no direito”²³

Do ponto de vista econômico, o direito contratual anterior ao Código Civil francês representava um entrave ao desenvolvimento da atividade industrial e comercial, já incipiente. O comércio precisava, de um lado, agilidade, e de outro, segurança, que não existia devido às diversas fontes jurídicas válidas, dentro de um mesmo país. As expressões “país de lei costumeira” e “país de lei escrita”, usadas para nomear o norte e sul da França, demonstram bem a situação em que se encontrava o direito naquele momento.

Com forte influência da França, na qualidade de potência econômica e cultural européia, a ideologia do Código Civil ganha adeptos por todo o continente. A Itália é a primeira a copiar o *Code Civil*, no que foi seguida por outros países. E ao longo do século XIX vemos a vitória do modelo liberal também no universo das relações jurídicas, firmando a autonomia da vontade como princípio central do direito dos contratos. No entanto, mais ao fim do século algumas áreas começam a dar sinais do esgotamento do modelo até então dominante.

Nas relações de trabalho, ainda ligadas ao Direito Civil fica claro que a autonomia da vontade é insuficiente para uma solução justa dos conflitos surgidos. Da mesma forma, a industrialização cria o fenômeno da

²³ MARQUES, Cládia Lima, Revista de Direito do Consumidor n.1 – 1a ed. - São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993. p 29

produção em massa. O capitalista busca o lucro; a máquina aumenta a produção com custos mais baixos; isto possibilita a ampliação do mercado de consumidores que, em determinado momento, passa a exigir maior produção; e todo ciclo se repete novamente. E assim o novo modelo econômico vai se firmando e o processo de mudança, mais uma vez, é inevitável.

Do ponto de vista ideológico, o século XIX não apresenta praticamente nenhuma oposição ao liberalismo. O seu epílogo, ao contrário, é marcado pela explosão de ideologias, como antes nunca visto. Na verdade, a partir da metade do século, fermentaram as idéias que surgem da forma vigorosa na nova centúria. O liberalismo, então, divide espaço com a democracia cristã, com o socialismo, com o comunismo; com ideologias mais conservadoras, reacionárias, e movimentos de vanguarda, exigindo mudanças estruturais. De qualquer forma, os postulados liberais aplicados ao direito obrigacional não se adaptaram, nem mesmo, ao modelo econômico capitalista.

As políticas empresariais e o forte poderio econômico dos monopólios acabam por forçar uma imposição de cláusulas, segundo interesses muito bem definidos, previamente, por apenas uma das partes: o fornecedor de bens ou de serviços. De seu lado, o indivíduo (que ainda é considerado como detentor de uma vontade livre) vê-se impelido, ou pela necessidade de utilização desses bens/serviços, ou pela força de convencimento das novas técnicas de *marketing*, a vincular-se por meio de um contrato, independente de estar exercendo ou não a sua dita “vontade autônoma”.

Pode-se afirmar com clareza que o “Direito do Consumidor tem origem similar à do Direito do Trabalho. Ambos surgiram devido à

necessidade de assegurar tutela jurídica adequada a grandes grupos sociais que ficavam ao desamparo, sob o império do que os economistas chamam de leis econômicas de mercado e das normas jurídicas estabelecidas para a tutela da livre iniciativa econômica”.²⁴

Neste ambiente de opressão do consumo, acabam por revelar uma verdadeira crise da Teoria Contratual Clássica. Com este intuito escreve Cláudia Lima Marques: “a evolução, em especial a industrialização, a maior rapidez e multiplicidade do comércio de bens, levou à chamada massificação das realidades contratuais, desencadeando uma série crise na teoria contratual clássica, que não mais condizia a resultados aceitáveis frente à realidade da sociedade de consumo. Os Métodos de contratação em massa passaram a predominar em quase todas as relações entre empresa e consumidores, exigindo mudança das teorias e normas jurídicas referentes a contratos”.²⁵

O velho Estado liberal, do *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même* (deixe fazer, deixe passar, o mundo anda sozinho); uma concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política, onde a teoria jurídica era sustentada por princípios como o princípio da autonomia da vontade, o princípio da não responsabilidade sem culpa e o da liberdade econômica, estava sendo substituído pelo Estado intervencionista de nossos dias.

O mito do código sem lacunas, que consegue reger todas as relações jurídicas, passa a ser objeto de muitas críticas. No direito contratual as críticas são dirigidas ao voluntarismo previsto no código, que não atende mais a

²⁴ NORONHA, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 29.

todas forma de “contrato”. Pouco a pouco, na própria França e em outro países, alguns juristas dão início a uma série de questionamentos sobre a validade do modelo contratual consagrado pelo *Code Civil*. Dentre eles salienta-se a figura de *Raymond Saleilles*, do qual herdamos a expressão *contrats d’adhesion* (contratos de adesão).

Bem no início do século XX, o referido jurista francês passa a questionar o validade dos postulados oitocentistas frente a uma gama extraordinária de novas modalidades contratuais. Para Saleilles não se pode falar em vontade autônoma quando a liberdade contratual do indivíduo limita-se a aceitar as cláusulas elaboradas pela outra parte. Se o aderente não estiver de acordo com tais estipulações unilaterais, frustra-se o negócio. Na verdade, não há uma negociação e sim uma imposição. Neste aspecto, cumpre salientar que o dogma da vontade não se afastou completamente da teoria dos contratos, ainda restando um grande espaço para esta

O Estado, na busca de instrumentos mais adequados à nova realidade contratual e pela incidência de ideologias sociais no pensamento jurídico e político, passa a intervir mais intensa nas relações privadas. Agora não mais para garantir o cumprimento dos pactos, mas para permitir que as distorções sejam amenizadas. Dessa forma, a pretensa neutralidade do Estado Liberal Moderno cede lugar a uma intervenção efetiva na ordem econômica, fenômeno do século XX.

É assim que durante todo este século vem se desenvolvendo outro processo que, como o próprio nome sugere, repete os problemas e traumas que marcaram a codificação do direito, mas agora, em sentido oposto. Referimo-

nos ao fenômeno, assim chamado, da descodificação. Surgem leis especiais sobre os mais diversos objetos: relações de trabalho, inquilinato, divórcio, etc. Nesse universo de leis especiais surgem, também, as leis de defesa do consumidor.

Feitas estas observações iniciais podemos passar a analisar a questão no direito brasileiro. E assim, chegamos a compreender o tipo de relacionamento existente entre a lei 8.078/90 e os contratos bancários de crédito em conta-corrente (cheque especial), na medida em que o Código de Defesa do Consumidor traz profundas mudanças à sistemática contratual, configurando-se, assim, em verdadeiro “micro-sistema” no ordenamento jurídico pátrio.

2.2 O Código de Defesa do Consumidor como Micro-Sistema.

Um dos doutrinadores que melhor tratou do fenômeno da descodificação no Brasil foi Orlando Gomes. Na obra em homenagem a outro grande mestre, o professor Caio Mário da Silva Pereira, ele deixou as suas impressões sobre a proliferação das leis especiais em nosso ordenamento, as quais reputam verdadeiros micro-sistemas. Sobre o caráter desses diplomas legais e sua relação com o Código Civil, afirma o douto professor, que “constituem distintos universos legislativos de menor parte, denominados por uma autor, com muita propriedade, micro-sistemas, tal como sucede, por exemplo, com o regime das locações. Estes micro-sistemas são refratários à unidade sistemática dos códigos porque têm a sua própria filosofia e enraízam em solo irrigado com águas tratadas por outros critérios, influxos e métodos distintos”²⁶.

²⁶ GOMES, Orlando, A caminho dos Micro-Sistemas, p.167.

Em 1984, quando foi publicado tal artigo, o professor catedrático da Universidade da Bahia, que se notabilizou pela erudição no tratamento de questões relativas ao direito contratual, por óbvio, não tinha em mente o Código de Defesa do Consumidor. Contudo as suas observações são extremamente adequadas ao novo estatuto, na medida em que ele apresenta-se como um micro-sistema que tem as justas características apontadas pelo professor Orlando Gomes.

Uma análise mais detalhada dos artigos do Código Consumerista revelará dispositivos de Direito Administrativos e de Direito Penal, convivendo com normas que regulam a atividade contratual, publicidade, etc. Em todos esse ramos do direito não encontramos normas equivalentes, e tal fato reforça a tese de que a Lei 8.078/90 constitui-se em um verdadeiro micro-sistema, de acordo com as ponderações feitas acima.

Neste sentido, afirma Néelson Nery Júnior: “No mundo moderno se tem discutido a respeito de conveniência ou não das codificações, a exemplo do que ocorreu no início do século XIX, cuja predominância das opiniões foi favorável à idéia das grandes codificações com conseqüente edição dos códigos civis da França e da Alemanha, apenas para lembrar os principais. A tendência de hoje, porém, é diferente da ocorrida no século passado, pois se tem propendido para a adoção de microssistemas que atendam determinada situação jurídica, com visão de conjunto de todo o fenômeno e imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito, estranhas àquelas relações objeto de regramento pelo microssistema”²⁷.

²⁷ JÚNIOR, Néelson Nery. Revista do Consumidor n. 3. – 1ª ed. – Revistas dos Tribunais, São Paulo. p 46.

Disso defluiu a constatação de que há um tipo especial de relação jurídica a ser disciplinada pelo novo código. E é no próprio Código de Proteção ao Consumidor, enquanto lei especial, que encontramos as primeiras pistas para se descobrir o âmbito de sua incidência.

Antônio Herman Benjamin, um dos mais destacados juristas especializados na matéria do Direito do Consumidor, observa que “é a definição de consumidor estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado e, por esta via, os limites de aplicabilidade do direito especial. Conceituar consumidor, levando em conta todos seus enquadramentos é, em resumo, analisar o sujeito da relação jurídica de consumo tutelada pelo Direito do Consumidor”²⁸.

O legislador decidiu incluir no CDC, entre outras, as definições de *Consumidor*, *Fornecedor*, produto e serviço.

O uso de definições em lei não é novidade. Em oportunidades anteriores, o legislador brasileiro optou por definir no próprio texto legal as pessoas, coisas ou fatos que sejam essenciais para a aplicação da própria lei. No Direito Penal, por exemplo, a clareza das disposições legais é importantíssima, principalmente quanto às práticas delituosas. Da mesma forma, a definição dos sujeitos atingidos pela norma de caráter tributário é usual e necessária. Do contrário, gera-se uma tremenda insegurança pela dúvida sobre a incidência do dito diploma legal.

Sendo matéria de ordem pública (art. 1º) e por conter normas de caráter penal, administrativo, contratual, etc., o CDC também requer uma conceituação inequívoca de seus destinatários. O fato importante é que, na medida

²⁸ RT 628, p. 71.

em que o legislador lançou mão das definições em uma lei especial, estas devem ser entendidas dentro do sistema da própria lei sendo, portanto, delimitadoras de sua incidência.

Em outros países que antecederam o Brasil na promulgação de leis protetivas optou-se por definir (e proteger) ou a pessoa, ou a relação de consumo. Na Venezuela, por exemplo, as normas protetivas não contemplam uma definição de consumidor²⁹. Nesse caso incumbe à doutrina e à jurisprudência definir o destinatário da norma. Em outros países, a proteção ao consumidor é diferenciada, dependendo de ramo de atividade onde o produto ou serviço está inserido. Assim, o conceito de consumidor varia de uma lei para outra, considerando as especificidades de cada ramo de atividade econômica que está a regular. O exemplo clássico dessa forma de conceituação do consumidor é do direito norte-americano³⁰. Já em outros ordenamentos não achamos uma definição clara sobre a relação de consumo. Optou-se, isto sim, por uma abrangência maior, na defesa do homem moderno frente ao poderio dos interesses econômicos, incluindo-se não só os atos de consumo, mas também a defesa de interesses difusos, tais como a proteção ambiental.

O legislador brasileiro definiu consumidor, inserindo nessa definição, elementos que estão relacionados com a relação de consumo. Diz o art. 2º, *caput.*, “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. E mais adiante usou a técnica de equiparações na tentativa de alargar a incidência do código. Esse conceito, na

²⁹ DONATO, Maria A. Z.. Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão. – 1ª ed. – Revista dos Tribunais, São Paulo: 1993, p.41.

³⁰ DONATO, *op.cit.*, p.41.

verdade, é reflexo do ecletismo brasileiro que se pode constatar, de forma muito acentuada, também no ordenamento jurídico.

As observações acima dispostas nos reportam a uma discussão que está na base do tema ao qual nos propomos a tratar: São os contratos bancários de crédito em conta corrente abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor? A resposta só é possível na medida em que entendermos esse diploma legal como um micro-sistema, cujos os contornos são marcados pelas definições básicas nele inseridas.

2.3 O Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil brasileiro, um dos primeiros códigos do século XX, nasceu no momento que os debates ideológicos na Europa tornavam-se mais exaltados. No entanto, ele foi elaborado, ainda, segundo as doutrinas oitocentistas. Não é o único. Também o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) o Código Civil Alemão, é considerado um código “liberal”, no sentido de adotar a ideologia predominante do século XIX e só pôde resistir às tempestades que assolaram a nação alemã, pela existência, em seus artigos, das chamadas cláusulas gerais de contratação, tema que será abordado, mais atentamente, pelo presente trabalho em momento oportuno.

Logo depois de sua promulgação (1896) e a partir de 1900, quando passou a vigorar, o BGB recebeu por parte dos juristas alemães, duras críticas pela omissão na defesa de interesses sociais. O Código Civil brasileiro, a despeito de valer-se do BGB como uma de suas fontes de inspiração, não suscitou

fortes debates nesse sentido. Explica-se tal fato pela estrutura política, econômica e cultural do país naquele momento.

A economia brasileira baseava-se sobre a exportação dos produtos agropecuários e o comércio de bens de consumo, importados, sobretudo da Europa. A indústria nacional somente iria sentir impulso mais vigoroso a partir da primeira guerra mundial.

Cumprido ressaltar que o Código Civil brasileiro viria a revogar uma legislação fiel, em linhas gerais, às Ordenações Filipinas, uma compilação de leis iniciada em 1603, que vigorou no Brasil mais tempo do que em Portugal, sua nação de origem. Os mentores do código intentaram implantar no país os melhores instrumentos jurídicos da Europa liberal – modelo de cultura para a elite urbana até então. Isto chegou a causar certos conflitos com os senhores rurais que, efetivamente, comandavam o país eram completamente avessos a mudanças. Mas em nenhum momento o choque de idéias chegou ao ponto de serem abordadas questões de cunho social como as que eram propostas nas academias européias durante os primeiros anos do novo século.

Com o findar da primeira grande guerra mundial e o crescimento da indústria nacional, alguns pontos nevrálgicos receberam a atenção dos poderes políticos, gerando, assim, reflexos no ordenamento jurídico pátrio. Na década de trinta surgem as leis trabalhistas, primeiro ramo a se desligar do Direito Civil. Mas a doutrina contratual permaneceu incólume.

Nos dias de hoje, diferente é a situação em que, de regra, os contratos são abalizados por diversas leis especiais. Além disso, o poder público tem feito intervenções freqüentes, quase de forma periódica, alterando contratos

em vigor, a partir de uma interpretação equivocada do que seja a função intervencionista do Estado.

Neste contexto, surge a nova ordem constitucional que prevê a defesa do consumidor como um dos objetivos do Estado brasileiro e insere esta disposição entre os direitos e garantias fundamentais que vieram com a Carta de 1988, enfatizando o respeito à cidadania, com a afirmação dos direitos e deveres individuais e coletivos, obrigou o Estado a promover a defesa do consumidor, como está explícito no art. 5º, XXXII, *in verbis*:

“Art. 5º. Escrever o referido artigo

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

Nos países desenvolvidos, do chamado Primeiro Mundo, os mecanismos jurídicos para regular as relações de consumo já foram estabelecidas há mais de duas décadas. No Brasil, somente a partir de poucos anos juristas e entidades públicas vinculadas iniciaram estudos que culminaram com a promulgação do Código do Consumidor, afastando-nos do atraso e estabelecendo o marco de equiparação modernidade dessa à matéria.

A tutela do consumidor assume relevante importância no mundo moderno, inserida que está na disciplina do direito econômico, instigando a ordem estatal a traçar rumos para harmonizar e equilibrar as relações de consumo, tendo em vista a posição de desvantagem em que está colocado o consumidor, frente ao produtor/fornecedor.

“A Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor ou apenas CDC, entrou em vigor em 11 de março de 1991, representando uma considerável inovação no ordenamento jurídico pátrio. De uma

visão liberal e individualista do Direito Civil, passamos a uma visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo de mercado.”³¹

No âmbito das funções protetivas engendradas pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se como a principal a proteção dada aos contratos, de maneira em geral. Assunto que será apreciado no Título a seguir.

2.4 A Proteção Contratual no âmbito do CDC.

O aprimoramento dos tratos negociais, a massificação dos contratos, que passaram ser elaborados unilateralmente pelas empresas-policitantes, a enorme concentração de capitais, de forças econômicas e a existência de monopólios, levaram, conjuntamente, a um desequilíbrio marcante nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores, exigindo assim do Estado uma ação protetora do Estado para com os parceiros contratuais enfraquecidos diante da nova realidade contratual.

O Código de Proteção ao Consumidor nasceu, justamente, com o intuito de reequilibrar, harmonizando e dando maior transparência às relações contratuais no mercado brasileiro (art. 4.º do CDC).³²

No intuito de atingir este equilíbrio de forças nas tratativas negociais modernas, o CDC passou a regular já na formação dos contratos, impondo novos deveres para quem elabora o conteúdo contratual e assegurando

³¹ MARQUES, *op. cit.*, p.26.

³² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. – 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 206.

novos direitos para o consumidor, quando da formação das relações contratuais de consumo (art. 6.º, III e IV).

Neste âmbito, o Código de Defesa do Consumidor introduziu no ordenamento jurídico pátrio dois novos princípios fundamentais: *Princípio da Transparência* e o *Princípio da Boa-Fé*. Vale lembrar que tais princípios devem, constantemente, atuar em todas fases do contrato, tanto nas tratativas iniciais como na sua execução. É como base nestes princípios, as quais passaremos a estudar agora, que o Código de Defesa do Consumidor fundamenta a proteção dada ao instituto do contrato.

O CDC tem o fim justamente reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e dando maior transferência às relações contratuais no mercado de consumo (art. 4º, CDC).

Dentro deste escopo, o CDC propõe assegurar ao consumidor um novo feixe de direitos, contidos no art. 6º do CDC. Os direito por ela criados serão disciplinados e assegurados nas demais normas do Código de Proteção ao Consumidor referentes a relação contratual.

Da mesma maneira, o CDC impõe aos fornecedores uma série de deveres específicos quando das tratativas contratuais, da elaboração do contrato, quando da oferta, como também da execução.

Quando da formação do instrumento contratual o CDC visa proteger vontade do Consumidor instituindo chamado *Princípio Básico de Transparência* nas relações de consumo.

Dentro deste princípio básico nasce dois novos direitos; o direito do consumidor à informação e, em alguns casos, um novo direito de reflexão ou de arrependimento.

O Direito à informação significa que o fornecedor deverá prestar mais atenção nas informações que veicula, seja através de impressos, propaganda em rádio, jornais, e televisão, porque estas já criam para ele um vínculo, uma obrigação pré-contratual.

Neste ponto salientamos que diante da nova sistemática apresentada pelo CDC, cabe ao fornecedor esclarecer ao consumidor sobre todas as características do produto ou serviço oferecido, inclusive seus riscos, devendo arcar com as conseqüências da desinformação proposital do consumidor. Este é o chamado dever de informação, expresso no art. 6º, III do CDC.

Com o advento do CDC, passou-se da antiga regra do *caveat emptor* segundo a qual incumbia ao consumidor informar-se sobre os produtos e serviços, para se resguardar quanto a eventuais riscos de erro sobre a qualidade, preço e outra características deles, para a regra oposta ao *caveat venditor*, pelo qual cabe ao fornecedor o dever de informar.³³

O princípio da transparência, encontra-se no art. 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e vem a significar informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual.

³³ ZANELATO, Marco Antônio. Direito de Consumir. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1993, p. 92

O texto do contrato deve ser redigido de maneira clara, especialmente, aqueles pré-elaborados unilateralmente, nos termos do disposto no art. 46 do CDC.

Além do princípio da transparência, o Código de Defesa do Consumidor alude a harmonia das relações de consumo, a qual busca através da exigência de boa-fé nas relações de consumo.

O princípio da equidade contratual propõe que firmado o contrato este deve ater-se à equidade de deveres e obrigações, com o intuito da justiça contratual. Tal consideração visa proibir a existência das cláusulas abusivas, ou seja aquelas que permitem vantagens excessivas para o fornecedor. Este assunto será tratado com mais propriedade no item seguinte.

No intuito de preservar a equidade contratual o CDC institui em seu art. 47, o princípio geral da interpretação a favor do consumidor das cláusulas contratuais, protegendo-se assim a vontade interna e não declarada do consumidor.

Já o princípio da confiança foi criado pelo Código para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços para assegurar o ressarcimento do consumidor em caso de insolvência de abuso ou desvio da pessoa jurídica fornecedora.

O Código de Defesa do Consumidor em vários dispositivos, protege a confiança que o consumidor depositou na atuação do fornecedor. Neste diapasão, elencamos o princípio da boa-fé contratual como o mais importante instituído pelo Código de Defesa do Consumidor.

A chamada cláusula geral de boa-fé procura dar equilíbrio ao contrato que envolva a relação de consumo e que se encontre desequilibrado em razão de cláusulas que estabeleçam direitos e obrigações desiguais que coloquem o consumidor em posição desvantajosa relativamente ao fornecedor.

2.5 As Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor buscou inovar o direito das obrigações, principalmente no que toca ao princípio do *pacta sunt servanda*. Esta codificação reduziu a aplicação dada à autonomia da vontade para coibir contratação de certas cláusulas que afetavam o necessário equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, garantindo assim as legítimas expectativas depositadas na relação contratual.

Sobre esta questão, colacionamos o entendimento de Cláudia Lima Marque: “ *As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da vontade das expectativas legítimas, do consumidor, compensado, assim sua vulnerabilidade fática.*”³⁴

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, criou-se no espírito jurídico brasileiro valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como equidade das obrigações que permite o Poder Judiciário um novo efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo.

³⁴ MARQUES. *op. cit.*, p.288.

No intuito de harmonizar as relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor engendra novos direitos para os consumidores e novos deveres para os fornecedores de bens e serviços, visando assegurar a sua proteção na fase pré-contratual e no momento de formação do vínculo, e juntamente a este, edita normas proibindo expressamente cláusulas abusivas neste contratos, assegurando, assim, uma proteção *a posteriori*, mediante um efetivo controle judicial de teor dos contratos de consumo.

A proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual neste segundo momento aparece quando o contrato já está firmado, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, entretanto o resultado contratual ainda está desequilibrado.

No tocante às chamadas cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor não procurou conceituar, e sim indicar a abusividade em casos expressos, como por exemplo o art. 53, como também deixar a definição para jurisprudência ou presumir a abusividade em alguns casos e práticas (lista dos arts.39 e 51).

Segundo, Cláudia Lima Marques, para definir a abusividade existem duas alternativas que podem ser utilizadas, como abaixo descrito.

A primeira sugere uma aproximação subjetiva que conecta a abusividade mais como figura do abuso de direito como se sua característica principal fosse o uso malicioso, desviado de sua finalidades sociais.

Já o segundo caminho propõe uma aproximação objetiva que conecta a abusividade com institutos jurídicos modernos, como a boa-fé objetiva, ou a antiga figura da lesão enorme, como se seu elemento principal fosse o

resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o dano grave sofrido objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido no contrato.

Afirma a citada autora que a abusividade pressupõe a existência de um direito, logo, a atividade inicial é lícita, uma que aquele que usa seu direito não prejudica, em princípio, outros. Sendo assim não se confundido com o ato lícito que é aquele que se encontra em desconformidade com o direito, provocando uma reação negativa do ordenamento jurídico.

Dentro desta concepção, o abuso de direito seria a falta praticada por um dos contraentes que ultrapasse a finalidade do direito que lhe foi concedido. Assim, o que afronta o ordenamento jurídico é modo, seja este excessivo, irregular ou lesionante, com que foi exercido direito, engendrando um resultado ilícito.

Frente à abusividade, o direito atua negando efeitos àquela vontade declarada mediante exercício abusivo de um direito. A desconsideração prática do direito assim exercido, a invalidade e ineficácia da cláusula e sanção do abuso. O ordenamento jurídico não sanciona aquele exerceu direito em abuso, preferindo reequilibrar a situação concreta e assegurar o retorno ao *status quo*, o contrato, ao retirar, por exemplo, a cláusula abusiva, mas não mais pune aquele que abusou de seu poder.

A doutrina brasileira prefere recorrer a comparações com as tradicionalmente conhecidas e combatidas cláusulas ilícitas, potestativas e leoninas, para explicar o atual combate às cláusulas abusivas.

A diferença entre estas com as cláusulas abusivas situa-se no grau de unilateralidade e de árbitro antes exigido, muito maior que o atual e na matéria regulada pelas cláusulas consideradas abusivas, que hoje pode englobar os elementos não essenciais do negócio, como as garantias referentes ao vício do objeto, a evicção, ao pagamento ao não atraso do pagamento.

A visualização de cláusula contratual como abusiva frente ao Código de Defesa do Consumidor importa em duas questões extremamente importantes.

Em primeiro lugar, deve-se esclarecer se a determinação de uma cláusula contratual como abusiva é concomitante à formação do contrato ou se fatos supervenientes as tornam abusivas. Ao lado desta condição é necessário estabelecer se a abusividade das cláusulas contratuais do dolo ou má-fé subjetiva de quem as elaborou ou se os resultados forem eficazes.

Efetivamente, a abusividade da cláusula é concomitante com a formação do contrato, logo não guarda relação com as causas de revisão dos contratos por existência de fatos supervenientes (art. 6º, VI do CDC).

Em segundo lugar, a existência de cláusula abusiva independe da má-fé subjetiva do fornecedor que a impôs ao consumidor, pois independe se este a conhecia, se foi este que a redigiu, mesmo assim reside ainda a condição abusiva da cláusula.

Podemos afirmar, com base na melhor doutrina, que todas as cláusulas abusivas possuem como principal característica o seu objetivo, que é a condição de melhorar a posição contratual daquele que redige o contrato, normalmente o fornecedor, transferindo o risco para o consumidor, e seu efeito,

que é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade unilateralidade dos direitos assegurados ao fornecedor.

Atualmente, para uma melhor visualização das cláusulas abusivas é necessário conectar esta a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva; atentar mais, seu efeito, seu resultado. A atuação subjetiva deve ser desconsiderada e dar lugar a um exame do conteúdo do contrato, de seu equilíbrio, da conduta conforme a boa-fé que o CDC, objetivamente, emana.

Abusivas são, segundo a definição constante da normativa européia, as cláusulas que, a despeito da exigência de boa-fé, derem origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, de entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato. As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito. Ou seja, não têm qualquer efeito, enquanto tal, na vida do contrato de que se trata.³⁵

As cláusulas abusivas dão origem a uma situação de desequilíbrio entre as partes, absolutamente repudiada pelo Código de Defesa do Consumidor, que expressamente reconhece no inc. I, do art. 4º a vulnerabilidade do consumidor

Evidenciada a cláusula abusiva, a nulidade deve ser decretada *ex officio* pelo juiz, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, podendo a competente ação ser ajuizada pelo Ministério Público, a requerimento de qualquer consumidor ou entidade que o represente, nos termos do art. 51, parágrafo quarto, do Código de Defesa do Consumidor.

³⁵ Revista *Consullex* n.17, p62.

A lista de cláusulas consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor, segundo Cláudia Lima Marques, é bem específica e pode ser dividida em quatro grupos³⁶:

- a) Ficam proibidas as cláusulas limitam os novos direitos do consumidor;
- b) Ficam proibidas as cláusulas surpresa;
- c) Ficam proibidas as cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor;
- d) Ficam proibidas as cláusulas contrárias à boa fé (clausula geral proibitória).

3. DO CONTRATO BANCÁRIO DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE

3.1 Conceito e Características.

Grande parte das atividades produtivas depende do crédito. O progresso e a expansão do comércio e da indústria são movidos pelos empréstimos, que munem os mais variados setores da economia de meios para alcançar os objetivos a que se destinam. Possibilita o crédito a própria existência das indústrias e do comércio.

³⁶ MARQUES, *op. cit.*, p. 46.

Na maioria das vezes, as pessoas físicas ou jurídicas comerciais ou industriais não têm meios próprios para atender as constantes demandas de aperfeiçoamento e expansão no ramo em que atuam. É o crédito que move a engrenagem para alcançar tais objetivos, o qual tem no banco o seu principal elemento básico propulsor. Este não se destina a criar riquezas, mas para possibilitar a sua circulação e acumulação.

Efetivamente, os instrumentos tradicionais de crédito são as instituições financeiras. Estas recebem os depósitos e os investem no setor público e privado.

São os bancos que promovem a chamada industrialização do crédito, o favorecimento da circulação de riquezas. Tem a função monetária enquanto é órgão de pagamento e crédito, ou quando age como órgão de investimento, funções que se entrelaçam e se completam.

O crédito é adquirido através de contratos bancários, o qual é a sua existência, seu objeto e sua razão de existência, onde os Bancos constituem em seus mediadores.

A característica básica dos contratos de crédito bancário é ser uma obrigação de dar. A concessão de crédito envolve um “dare”, enquadrando-se como uma das funções primordiais dos bancos.

O crédito pode ser definido, segundo Arnaldo Rizzardo, “como toda a operação monetária pela qual se realiza uma prestação presente contra a promessa de uma prestação futura”³⁷. Marco o crédito, por conseguinte, a

³⁷ RIZZARDO, *op. cit.*, p. 39.

existência de um intervalo de tempo entre uma prestação e uma contrapestração correspondente.

Sérgio Corvello, em sua obra *Contratos Bancários*, compilando as idéias de vários autores de renomado conhecimento jurídico, da lavra de Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Pontes de Miranda e outros de não menor importância, preferiu definir o citado contrato da seguinte forma: “contrato pelo qual o Banco (creditor) se obriga a colocar à disposição do cliente certa importância pecuniária, facultando-lhe a utilização dessa soma, no todo ou em parte. Acrescentamos que, *in casu*, o crédito somente poderá ser realizado no momento que a conta-corrente entrar em saldo negativo, havendo assim, a incidência do crédito para cobrir os débitos existentes, até o limite estipulado no instrumento contratual.

Este tipo de contrato bancário, que é mais conhecido como Cheque Especial, guarda certas particularidades que o diferenciam do mútuo tradicional. No mútuo, o banco cede a quantia pactuada e a partir daí resta ao mutuário a obrigação de devolvê-la, por inteiro, no tempo e nas condições acertadas, bem como uma obrigação de pagar a remuneração devida e taxas de contratação.

Nos contratos de abertura de crédito em conta corrente, ao contrário, o estabelecimento bancário não entrega, de imediato, nenhuma quantia. Mas tem a obrigação de disponibilizar um valor que foi previamente acertado com o cliente e cabe a esse último a decisão de utilizar ou não referido montante.

Este tipo de relação contratual é vantajoso para as ambas as partes. O banco porque, mesmo desenvolvendo sua atividade normal, o faz com

custos menores. Na medida em que há uma única contratação, mas o cliente pode valer-se múltiplas vezes dos recursos disponibilizados, dispensa-se todo o trabalho e custos de recontração.

Para o cliente, há o surgimento de um direito sobre valores que não possui, mas dos quais pode dispor até o limite do crédito deferido. Alguns autores chegam a dizer que o direito do cliente frente à casa bancária equipara-se a um direito real sobre coisas alheias, pois o banco não pode se negar a cedê-los, exceto quando a situação da outra parte justifique a recusa.

Além disso, os juros remuneratórios só indecidem sobre a quantia efetivamente utilizada. enquanto no mútuo tradicional o cliente arca com os encargos sobre todo o valor emprestado, independente de que os tenha utilizado ou não, nessa modalidade os cargos não incidem sobre o valor disponibilizado, mas somente sobre o montante (e tempo) de efetivo uso.

Os princípios contatos da espécie surgiram para disponibilizar as pessoas físicas e jurídicas um “crédito rotativo”. Mas aos poucos foram sendo adaptados para as pessoas jurídicas. Assim, ao lado do crédito pessoal, tem-se hoje o crédito empresarial. Este tem o mesmo procedimento, modificando apenas a parte contraente que será necessariamente uma pessoa jurídica.

No intuito de uma melhor compreensão deste trabalho, se faz imperioso trazer à baila o conceito de conta corrente bancária, pois esta é tema integrante do objeto deste estudo.

Com este efeito, transcrevemos a definição deste instituto dada por Fran Martins: “Conta corrente é o contrato segundo o qual duas pessoas

convencionam fazer remessas recíprocas de valores – sejam bens, títulos ou dinheiro – anotando os créditos daí resultantes em uma conta para posterior verificação de saldo exigível, mediante balanço. As partes contratantes têm o nome de correntista ou correspondentes; desses correntistas denomina-se remetente ou em favor de quem é lançado o crédito; recipiente é aquele que recebe o crédito e o lança, na conta, a seu débito. As remessas são as operações praticadas pelos correntistas para alimentar a conta. Podem constar essas remessas de dinheiro, bens ou títulos de crédito.³⁸

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

Nos dias de hoje, como já anteriormente demonstrado, o *credere* é de fundamental importância tanto para pessoas físicas quanto jurídicas. Com base nesta necessidade, as instituições financeiras tem usado de uma gama de abusividades na contratação do crédito, pois partes em posição de maior força na relação contratual usam de artifícios ardis na busca de uma maior onerosidade, e conseqüentemente obter um maior lucro na transação.

³⁸ CORVELLO, Sérgio Carlos. Contratos Bancários. – 1ª ed. – Saraiva, São Paulo: 1981, p. 92.

3.2 Da Inserção do Contrato Bancário de Crédito em Conta Corrente no âmbito da Proteção Consumerista.

Dentro da temática acima proposta, cumpre, inicialmente, destacar os conceitos trazido pelo Código de Defesa do Consumidor no que se refere a *fornecedor e consumidor*.

O Código de Defesa do Consumidor define o *fornecedor* da seguinte forma, abaixo transcrita;

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Inc. 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Inc. 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Novamente busca o legislador a conceituação da outra figura fundamental, integrante das relações de consumo, usando de técnica heterodoxa, visto não ser usual que o direito positivo estabeleça conceituações, pelo risco da eventual insuficiência, excesso ou inadequação de suas previsões.

Neste artigo terceiro, tenciona-se estabelecer a maior abrangência possível para o conceito de *fornecedor*, ou seja, o sujeito de direitos

que atua no pólo oposto ao do consumidor, ou, que integra o conjunto de pessoas que compõem ou podem compor este pólo oposto.

Dentro da conceituação acima demonstrada, poder-se-ia, resumidamente, afirmar que o *fornecedor* é todo ente que provisione o mercado de consumo de produtos e/ou serviços.

Sendo assim, a caracterização das instituições bancárias de crédito como *fornecedor* está devidamente positivada no art. 3.º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor e especialmente no inciso segundo do citado artigo, o qual, como acima mencionado, expressamente elenca como *serviços* as atividades de *natureza bancária, financeira, de crédito*.

O que nos falta saber agora, é se o *consumidor* é co-contratante nos contratos objeto deste estudo. Neste intuito, transcrevemos abaixo o conceito dado a este pelo Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas ainda, que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Como se pode, facilmente, notar a característica maior do *consumidor* é de ser destinatário final do serviço, ou seja, isto significa utilizar o serviço para si próprio. Nesta linha, fica fácil caracterizar o consumidor como destinatário final de todos os contratos de poupança, aluguel de cofres. A dificuldade se situa na caracterização do consumidor, nos contratos de crédito, onde há uma obrigação de dar, de ceder o dinheiro.

Ao nosso ver, os contratos de crédito bancário contêm, em sua grande maioria, ao nosso ver, relação jurídica qualificada como sendo de consumo.

A relação de consumo, fator determinante de incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, caracteriza-se, no preciso dizer de Paulo Luiz Neto Lôbo³⁹ “pela ostensiva e necessária tutela jurídica de umas das partes, como princípio delimitador do poder contratual dominante do fornecedor”. Trata-se de proteção legal baseada no dispositivo constitucional que prevê a defesa do consumidor como princípio em que se assenta a própria ordem econômica.

Apesar de algumas opiniões bastante abalizadas serem totalmente contra a inserção dos contratos de crédito bancário no espectro das relações de consumo passíveis de proteção do CDC, afirmamos que uma grande parte, e nesta com certeza se encontra o contrato de crédito em conta corrente, deste tipo de contrato está, efetivamente, abrangido pela referido código protecionista.

O requisito principal para tal situação jurídica é que o contrato de crédito bancário represente uma relação de consumo, isto é, que o tomador de recursos do Banco seja o seu próprio consumidor, que utilize o crédito para si ou para sua família, no caso de pessoa física.

Dentro desta mesma linha de entendimento, afirmou Néelson Nery Júnior, com bastante propriedade: “As operações bancárias estão abrangidas

³⁹ Revista dos Tribunais n. 705, p. 45.

pelo regime jurídico do CDC, desde que constituam relações jurídicas de consumo.”⁴⁰

Nesta concepção, não é alcançado pela proteção consumerista tomador de empréstimo que o faz com o intuito de incrementar sua atividade econômica, seja para a formação, ampliação ou suprimento de capital de giro, seja para o fomento da produção, mediante a aquisição de máquinas ou insumos, essa relação deixará de se submir ao CDC, porque, com essa aplicação de recursos em atividade econômica, incluí-lo-á na cadeia de fornecedores, agora em relação a outro destinatário final, que será justamente aquele consumidor de seus serviços ou produtos.

A pessoa, física ou jurídica, que tome recursos no mercado financeiro para incrementar sua atividade econômica será *destinatário fático* dos recursos, categoria absolutamente distinta daquela que o CDC pretende proteger, qual seja o efetivo destinatário, ou seja, o *destinatário econômico*, não mais do serviço bancário, mas do produto ou serviço cujo o fomento se deu pelo aporte de recursos tomados junto às instituições bancárias de crédito.

No âmbito deste entendimento, cumpre salientar há uma importante exceção, pois como se observa o sistema criado pelo Código de Defesa do Consumidor é um sistema aberto, que trabalha com a técnica de equiparação de pessoas à situação de consumidor quando se verificar o desequilíbrio contratual e a vulnerabilidade, seja ela técnica, fática ou jurídica, da pessoa que venha a contratar com fornecedor do produto ou serviço.

⁴⁰ Revista dos Tribunais n. 742, p. 59.

É esta a autorizada opinião de Claudia Lima Marques⁴¹, em cujo sentir a pessoa física ou jurídica, que tome recursos no mercado financeiro para o fim de implementar sua atividade produtiva, não poderá ser considerada como destinatário final da relação de consumo, porque esse investimento representa, na verdade, um repasse do empréstimo pactuado. Entretanto, dada à sistemática implantada pelo CDC, é permitido a incidência da proteção consumerista, mesmo na situação acima exposta, se evidenciado o desequilíbrio contratual e a vulnerabilidade do usuário do crédito bancário

Nesse sentido, conclui a excelente autora, “que os contratos entre o banco e os profissionais, nos quais os serviços prestados pelos bancos estejam, em última análise, canalizados para a atividade profissional destas pessoas físicas (profissionais liberais, comerciantes individuais) ou jurídicas (sociedades civis e comerciais), devem ser regidos pelo direito comum, direito comercial e leis específicas sobre o tema. Só excepcionalmente, por decisão do Judiciário, tendo em vista a *vulnerabilidade* do contratante e sua situação equiparável ao do consumidor *stricto sensu*, serão aplicadas as normas especiais do CDC a estes contratos entre dois profissionais.”⁴²

Portanto, configuração deste contrato como contrato de consumo, é imperioso a existência de um consumidor ou de um profissional-vulnerável, que possa também ser equiparado ao consumidor, em matéria de proteção contratual. No caso do consumidor não-profissional prevalece, em todos os contratos bancários, a presunção de sua vulnerabilidade (art. 4.º, I do CDC).

⁴¹ Revista dos Tribunais n. 742, p. 60.

⁴² MARQUES, *op. cit.*, p.122.

Para constatar a chamada vulnerabilidade fática, basta observar se o parceiro contratual ocupa uma posição de monopólio no mercado, não importando ser de fato ou de direito o monopólio, o que importará em uma superioridade fática frente ao consumidor.

Salienta a Professora Cláudia Lima Marques “que a pessoa jurídica ou o profissional não se beneficia da presunção de vulnerabilidade, mas pode prová-la, sempre que destinatário final-econômico do produto ou serviço. No caso de extensão do campo de aplicação do CDC face ao art. 29, a vulnerabilidade continua sendo elemento essencial, superado apenas, foi o critério da destinação final. Mesmo não sendo destinatário final (fático ou econômico) do produto ou serviço, pode agente econômico ou profissional liberal vir a ser beneficiado das normas tutelares do CDC enquanto consumidor-equiparado. Isto porque, concentrado talvez nesta vulnerabilidade fática, institui o legislador brasileiro três normas de extensão do campo de aplicação pessoal do CDC, três disposições legais conceituando os agentes que considera equiparados a consumidores (parágrafo único do art. 2º, arts 17 e 29).”⁴³

As operações de crédito rotativo, comumente conhecidas como conta especial ou cheque especial, em que o Banco fornece ao tomador um empréstimo flutuante, na medida de saques efetuados. O tomador desse empréstimo rotativo, se não aplica os recursos no fomento de atividade econômica, é o destinatário final do recurso tomado em razão daquela operação (que foi consubstanciada em um contrato de abertura de crédito), até porque, a teor do que dispões o art.29 do CDC, equiparam-se ao consumidor todos quando

⁴³ MARQUES, *op. cit.*, p. 111.

estejam expostos às práticas comerciais protegidas pelo Código. E uma das práticas protegidas é a contratação de serviços, tema a que o CDC dedica excepcional atenção, cominando com pena de nulidade a absurdidade na elaboração das cláusulas contratuais.

O art. 52 do CDC corrobora essa afirmação, ao determinar os procedimentos que a lei exige previamente à celebração de contratos que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, de molde a não se tomarem abusivos.

Juntamente a estas alegações, existem autores que entendem estar todas os contratos bancários, especificamente os contratos bancários creditícios, inseridos no âmbito da proteção contratual conferida pelo Código de Defesa do Consumidor. Dentro desta linha de entendimento, situamos o trabalho de Antônio Carlos Efig. Para este autor, o fato de as relações entre o banco e o usuário de seus serviços serem ajustadas por meio de contrato de adesão determina que todas essas relações sofram a incidência do CDC.

Segundo este, o art. 29 do CDC, abaixo transcrito, permite que se estendam os benefícios da proteção consumerista a todos potenciais consumidores atingidos por práticas comerciais e bancárias danosas. Com tal efeito, sustenta que não seria apenas o artigo 2º do CDC, que tem o condão de caracterizar o *consumidor*, com base na condição de destinatário final do produto ou serviço, mas também o art. 29, justamente na medida em que prevê a equiparação aos consumidores a todas as pessoas determináveis ou não, exposta às práticas nele prevista.

Art. 29 – Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, exposta às práticas nele previstas.

Este artigo, dado a esta matéria de relevante de interesse social, tem o escopo de evitar interpretações obstativas das finalidades insculpidas, no parágrafo único, do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Dentro deste entendimento colacionamos o seguinte aresto, abaixo transcrito:

“O conceito do consumidor, por vezes, se amplia no CDC, para proteger quem é ‘equiparado’. É o caso do art. 29. Para efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, ‘equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às praticas nele previstas.

O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo. (grifo nosso)

O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo portanto, fornecedora; e consumidor, o mutuário ou de creditado.

Sendo os juros o ‘preço’ pago pelo consumidor, nula cláusula que previa a alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustados pelos figurantes do negócio.

Sendo nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie ‘pleno iure’, viável o conhecimento e a decretação de ofício, a realizar-se tanto que evidenciado o vício(AC 193051216, TARS) NR RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – 7 CC – j. 19.5 93

Do bojo do acórdão citado, extrai-se o seguinte:

“Não há, como visto, distinção entre pessoa física e jurídica; e a tão decantada ‘vulnerabilidade’, quando não aferível do indiscutível desequilíbrio que se há de reconhecer entre uma poderosa instituição financeira, de um lado, e de uma pequena ou média empresa comercial, de outro, ressaí da utilização do contrato com cláusulas unilateralmente predispostas pelo economicamente mais forte, como no caso.”

Portanto, não só os usuários de serviços bancários, como também os demais tomadores de crédito das instituições financeiras em geral, na condição de consumidores, têm o direito de utilizar-se das garantias implementadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.3 Das Cláusula abusivas presentes no Contrato Bancário de Crédito em Conta Corrente com base no Código de Defesa do Consumidor e legislação pertinente.

Inicialmente, dentro da tese esposada no item anterior, sabemos que o Contrato Bancário de Crédito em Conta Corrente constituem relação de consumo e portanto, alvo da proteção engendrada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Dentro deste aspecto, salientamos que os contratos bancários, em sua totalidade e principalmente o objeto deste trabalho, configuram-se em contratos de adesão.

Tal alegação é procedente, pois segundo o Des. Arnaldo Rizzardo, neste tipo de contrato, “não há liberdade para discutir os termos do contrato. O interessado apenas aceita ou recusa o impresso estandarizado. Um dos contratantes, esclarece Arnaldo Wald, exerce um monopólio de fato ou de direito, em relação a serviços essenciais existentes na sociedade estando o outro praticamente obrigado a contratar nas condições fixadas pela empresa dominante em determinada área de atividades. Por isso, a parte eminentemente fraca está condicionada a ligar-se à parte economicamente forte, por contingências próprias de estrutura social vigente. Não infere ele na confecção das condições, idênticas para todas as operações de crédito de igual gênero. Simplesmente aceita ou recusa, exceto no que se refere ao prazo e, conseqüentemente, ao valor das prestações.”⁴⁴

Esta classificação importa na possibilidade de revisão contratual proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor, principalmente em relação às cláusulas em que não havia possibilidade de discussão por parte do consumidor, nos chamados contratos de adesão, visando estabelecer o equilíbrio contratual, reduzindo o vigor do princípio do *pacta sunt servanda*.

A jurisprudência assim se manifestou quanto à caracterização do contrato de adesão:

Contrato de Adesão – Caracterização -

“O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é o circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem a necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser

⁴⁴ RIZZARDO, *op. cit.*, p.56.

atendido.” (TJSP – 11 CC, RJTJSP n. 145 – Ap. 196449-2 – Des. Salles Penteadó)

Ainda, dentro deste mesmo julgado:

“O contrato de crédito em conta corrente configura-se configura-se como de adesão. A aceitação da proposta, unilateralmente preestabelecida, não acarreta anulabilidade do contrato de adesão por vício do consentimento. Não é admissível que alguém, a expensas de outrem, obtenha vantagem patrimonial sem causa. É mister que a vantagem se funde em preceito legal ou em negócio jurídico anterior. Quem assim procede fica compelido a restituir a vantagem que obteve injustificadamente...”

Neste particular, têm-se entendido pela nulidade das cláusulas consideradas abusivas, que ferem elementos básicos de interesse público, em detrimento ao supostamente.

Neste diapasão, segue o acórdão abaixo transcrito:

CONSUMIDOR – Contrato Bancário – Onerosidade excessiva – Admissibilidade – Inteligência do art. 51 da Lei 8.078/90.

Ementa da Redação: São nulas de pleno direito cláusula contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada como, por exemplo, o contrato bancário excessivamente oneroso e decorrente da fixação de obrigações abusivas, nos termos do art. 51 do CDC.

(RT)

Corroborando com este entendimento, o Professor Arruda Alvim ensina que “assim, eventos supervenientes à avença contratual que tenham o condão de desequilibrar o que inicialmente havia sido aceitavelmente ajustado, trazendo excessiva onerosidade ao consumidor, autorizam a revisão do primitivo contrato a fim de restabelecer a almejada igualdade na contratação.”⁴⁵

O legislador brasileiro preferiu instituir a proteção contra cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor em apenas uma lista de cláusulas, sempre nulas, prevendo a norma geral de proibição de cláusulas contra a boa-fé no inciso IV desta lista única.⁴⁶

A lista de cláusulas abusivas, prevista no art. 51 do CDC é apenas exemplificativa. Afirma-se que 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.

Neste aspecto, as nulidades absolutas caracterizam-se por não ser sanáveis pelo juiz, necessitando para a solução da lide a utilização de normas supletivas ou dispositivas do ordenamento jurídico brasileiro

A partir deste momento, passaremos a evidenciar as cláusulas abusivas inseridas presentes nos atuais contratos bancário credito em conta corrente oferecidos no mercado financeiro. Neste intuito, torna-se necessário a utilização de legislações supletivas ao CDC para que este escopo seja atingido satisfatoriamente.

⁴⁵ ALVIM, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁶ MARQUES, *op. cit.*, p. 45.

No teor deste contratos, percebemos uma extrema onerosidade para o consumidor, tanto nas situações de normalidade quanto nas situações de inadimplência.

Nos casos de onerosidade excessiva, o art. 6º, inciso V do CDC permite que o Poder Judiciário modifique as cláusulas contratuais abusivas, como também prevê a sua revisão em razão dos fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas para o consumidor.

Nos contratos bancários de crédito em conta corrente é utilizado como índice de correção monetária a TR (Taxa Referencial). Sabe-se que a TR foi criada no Plano Collor, para ser uma taxa básica referencial dos juros a serem praticados no mês iniciado e jamais como instrumento para medir a inflação do mês anterior, ou melhor, que viesse a refleti-la.

A partir de 01/05/93 estabeleceu-se método de cálculo para a TRD (com extinção da TR), passando a ser calculada para cada dia do mês e orientava as aplicações até o trigésimo dia, a contar da data na qual a média tinha sido fixada, sendo, então, recalculada para os próximos trinta dias.

Segundo a Resolução 2.097, do Banco Central do Brasil, o cálculo da TR tem como base a média mensal ponderada ajustada das maiores instituições financeiras selecionadas, sendo eliminadas as duas de menor taxa média e as duas de maior taxa média, calculando-se a TR, então, pelo conjunto das instituições financeiras.

Sendo assim, é fácil ver que a Taxa Referencial não tem o condão de medir a inflação, pois não retrata seus efeitos reais e, assim, não pode ser utilizada nos contratos como instrumento de atualização de seus valores.

A utilização da TR como indexador do contrato importa em prejuízo para uma das partes e benefício indevido para outra, pois o indexador do contrato deve ser instrumento, única e exclusivamente, de recomposição do desgaste sofrido pela moeda em razão do processo inflacionário. A função do indexador do contrato é, então, assegurar a recomposição de seu valor em face do desgaste inflacionário. Nada mais.

Sob qualquer aspecto, é abusiva da TR: (1) porque faz mais do que recompor o desgaste da inflação; (2) foi imposta através de cláusula impressa e, assim, pode ser revista.

De outro vértice, a TR têm seu índice construído através de informações fornecidas pelas próprias instituições financeiras e o Código de Defesa do Consumidor não admite, em seu art. 51, X, que se relegue a uma das partes o poder fixar o percentual indexador do contrato.

Diante da nova sistemática implantada pelo Código de Defesa do Consumidor, cabe ao fornecedor esclarecer ao consumidor sobre todas as características do produto apresentado, inclusive seus riscos, devendo arcar com as consequências de desinformação proposital do consumidor.

Neste prisma, colacionamos o seguinte julgado:

Liquidação de Sentença – Correção Monetária

A adoção da TR – Inadmissibilidade porque decorre de taxas de juros, sem medir, conseqüentemente, a inflação – Agravo Provido. (AI 506.211-7 – 3C. do TAVCivSP – Rel. Juiz Ferraz Nogueira – RT 687/104).

Como se percebe, a TR não é índice de atualização monetária, mas índice misto, onde são incluídos juros e correção monetária projetada para o futuro. Desta forma o STJ pacificou o entendimento de que a TR não presta como índice de correção monetária.

Outra cláusula abusiva presente nesta categoria do contrato, é a prática da capitalização mensal do juros. Os Bancos têm disseminado no Judiciário por má intenção uma interpretação completamente distorcida da Súmula 596 do STF, segundo a qual as instituições financeiras teriam sido liberadas do impedimento de praticar anatocismo. Este como se sabe é proibido pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33) e pela Súmula 121 do STF. Na verdade, Súmula 596 apenas liberou os Bancos que às taxas de juros e não quanto à sua capitalização.

O anatocismo é pratica vedada, isto é consagrado pela doutrina e pela jurisprudência dos nossos Tribunais, mesmo em relação as instituições financeiras. Tratando-se de contrato bancário de crédito em conta corrente onde não há previsão legal para a capitalização mensal, esta só poderá ser capitalizada de forma atual, sob pena de flagrante ilegalidade.

Trataremos agora, da chamada situação de anormalidade, ou seja nos casos em que o consumidor se encontra inadimplente frente ao contrato bancário de crédito em conta corrente.

Nesta situação, as instituições financeiras elencam novos encargos que substituíram os encargos da normalidade que deveram incidir sobre a operação: a) Comissão de Permanência calculada a taxa do mercado, conforme facultam as resoluções 1.129/86 e 1.572/89, respectivamente, do Banco do

Central do Brasil; b) Multa de 10% incidente sobre o saldo devedor; c) Juros Moratórios a taxa de 1% ao ano.

A comissão de permanência foi criada pelo Banco Central do Brasil com o escopo de remunerar as obrigações vencidas e não pagas das instituições financeiras. Correspondiam, assim, aos juros que os devedores em mora deveriam pagar aos bancos enquanto títulos de sua responsabilidade permanecessem impagos na carteiras.

Durante muitos anos, o Banco Central divulgava, periodicamente, o percentual da comissão de permanência a ser cobrado pelos bancos, mantendo, pela taxa publicamente a liquidez e certeza da obrigação a ela sujeita.

Por longo tempo, muitos bancos confundindo a comissão de permanência com uma simples taxa de juros, costumavam introduzir cláusulas e seus financiamentos prevendo a cumulação da correção monetária com a comissão de permanência, caso o mutuário incorresse em mora. Como, na verdade, a taxa da comissão de permanência já trazia embutida a taxa da inflação, essa enormidade cometida pelos bancos exasperava as obrigações do devedor, elevando a dívida a um patamar muitas vezes insurpotável.

Sobre esta situação, o STJ sumulou através da Súmula 30:

A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

De há muito, o Banco Central deixou de fixar a comissão de permanência. Apesar disso, muitos continuam introduzindo em seus contratos de crédito em conta corrente a comissão de permanência, muitas vezes vinculando o seu percentual a, por exemplo, taxa média para as operações da espécie praticadas

por bancos tais a tais, ou pela maior taxa praticada pelo mesmo banco. Portanto tal estipulação é abusiva, pois é extremamente onerosa ao consumidor e deixa a estipulação do índice aos interesses das instituições fornecedoras do crédito.

Estes contratos estipulam 10% de juros moratórios sobre o valor do débito. Ocorre que tal multa encontra-se em desacordo com o contido no artigo 52, inciso 1º, do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual, impõe-se a redução da mesma ao limite legal.

Por fim, salientamos que as instituições bancárias ao realizarem seus contratos de crédito bancário em conta corrente o fazem por Termo de Adesão e não entregam ao consumidor cópia do contrato com as cláusulas gerais e especiais, informando somente o Cartório de Notas e Registro onde está consignada a cópia do referido contrato.

Neste ponto salientamos que diante da nova sistemática apresentada pelo CDC, cabe ao fornecedor esclarecer ao consumidor sobre todas as características do produto ou serviço oferecido, inclusive seus riscos, devendo arcar com as conseqüências da desinformação proposital do consumidor. Este é o chamado dever de informação, expresso no art. 6º, III do CDD.

Com o advento do CDC, passou-se da antiga regra do *caveat emptor* segundo a qual incumbia ao consumidor informar-se sobre os produtos e serviços, para se resguardar quanto a eventuais riscos de erro sobre a qualidade, preço e outra características deles, para a regra oposta ao *caveat venditor*, pelo qual cabe ao fornecedor o dever de informar.⁴⁷

⁴⁷ ZANELATO, *op. cit.*, p. 92.

Estes itens acima demonstram algumas abusividades que venham a onerar extremamente os contratos bancário de crédito em conta corrente, tornando-os abusivos diante do que propõe o Código de Defesa do Consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em seu Capítulo VI – Da proteção contratual tem por escopo a proteção dos contratos de consumo, em especial contra a presença das cláusulas abusivas.

Neste trabalho procuramos evidenciar as principais cláusulas abusivas inserida nos contratos bancários de crédito em conta corrente, pois estes normalmente apresentam-se sob forma de contratos padronizados, contratos de adesão, obedecendo o estabelecimento de seu conteúdo às condições pré dispostas pelas instituições financeiras, não tendo o consumidor a possibilidade de discutir os termos impostos.

A proliferação das cláusulas abusivas procura reduzir sobremaneira a responsabilidade do predisponente agravar as do consumidor, gerando assim situação de manifesta iniquidade contratual.

As condições estabelecidas pela tradicional Teoria Geral dos Contratos não mais se mostra suficiente e eficaz para prover o equilíbrio e justiça contratual.

A referida teoria, criada sob o princípio fundamental da autonomia da vontade, sendo estas complementada pelos princípios da liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e consensualismo, refletia a realidade sócio-econômica do liberalismo, de cunho evidentemente individualista, que hoje está em plena crise.

Novos princípios surgiram dentro da Teoria Contratual com o escopo de efetivamente prover o equilíbrio contratual, tais como o princípio da boa-fé objetiva, a qual se relaciona as regras de conduta e não somente com a crença do indivíduo; e o princípio da justiça contratual. Este último busca o restabelecimento equilíbrio contratual, um efetivo equilíbrio entre os direitos e deveres entre o consumidor e fornecedor, especialmente no que trata a presente monografia, nos contratos bancários de crédito em conta corrente.

Este tipo de contrato oferecido no mercado de consumo se insere, perfeitamente no âmbito da proteção engendrada pelo Código de Defesa do Consumidor, na medida em que se refiram a pactos firmados entre as instituições financeiras, como fornecedor de recursos, e o tomador do crédito.

Sobre esta questão, existem ainda enormes divergências tanto na doutrina como na jurisprudência proporcionada pelos tribunais brasileiros.

Neste aspecto, com supedâneo na mais abalizada doutrina e jurisprudência, a referida inserção dos contratos bancários de crédito em conta corrente na seara protetiva proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor é totalmente admissível.

Tal assertiva decorre não da conceito padrão de consumidor disposto no artigo 2º do CDC, isto é aquele que consome com destinatário final do produto ou serviço e não como destinatário final econômico, e sim do conceito de consumidor insculpido no artigo 29 da referido Código. Este impõe uma equiparação ao conceito de consumidor a todas as pessoas, tanto físicas ou

jurídicas, exposta às práticas previstas nos capítulos referentes às práticas comerciais e proteção contratual.

Na maior parte das vezes, as pessoas físicas e as empresas, desde que provada sua vulnerabilidade frente à instituição financeira, estarão enquadradas na extensão conceitual de consumidor prevista pelo artigo 29 do CDC, diante da proteção contratual conferida ao consumidor que firma contrato de adesão com a instituição bancária contendo cláusulas nulas em sua grande maioria.

Portanto, neste passo, há que se conferir àquele que contrata, adesivamente, com instituição bancária a proteção contratual promovida pelo Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito deste escopo, o controle judicial da cláusulas abusivas é estipuladas nos contratos bancários de crédito em conta corrente ganha extrema importância. A nulidade da cláusula abusiva é caracterizada como absoluta pelo Código do Consumidor, e portanto deve ser declarada a sua nulidade de ofício pelo julgador.

O Código de Defesa do Consumidor prevê regras particulares destinadas a prevenir a combater as cláusulas abusivas (arts. 51 a 53), normas que incluem uma lista não exaustiva de cláusulas consideradas nulas, insculpida no art. 51 do CDC e duas outras normas, art. 52 e 53, relacionadas à matéria de crédito.

Cumprido salientar que o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º inc. V, permite ao juiz modificar as cláusulas que tornem a

obrigação excessivamente onerosa para o consumidor, modificando a base do contrato.

No sentido de evidenciar a abusividade das cláusulas inseridas nos contratos bancários de crédito em conta corrente torna-se necessário a utilização da legislação supletiva ao Código de Defesa do Consumidor.

A abusividade dos contrato bancários de crédito em conta corrente se encontra nos seguintes itens: a utilização da TR como índice de correção monetária, pois com base na melhor jurisprudência, esta taxa não é representativa valor de depreciação da moeda em dado período; a utilização da taxa da ANBID (Associação Nacional dos Bancos de Investimento e de Desenvolvimento) também no escopo da corrigir o valor da moeda depreciado, é abusiva pois taxa é produzida unilateralmente pelo fornecedor; a incidência de comissão de permanência nos casos em que o consumidor se torna inadimplente, esta foi instituída pelo Banco Central que há muito deixou indica-la mensalmente, tornando assim seu uso abusivo frente ao disposto no CDC; a incidência de juros moratórios acima de 10% do valor do débito; descontos em conta corrente do consumidor sem prévio aviso e a não entrega da cópia do contrato firmado ao consumidor, afrontando assim o princípio básico de informação e boa-fé engendrados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, esperamos que objetivos pretendidos por este trabalho tenham sido atingidos com sucesso. Reconhecemos que o tema aqui apresentado não foi, seguramente, esgotado, pois este, ainda é, pouco estudado e alvo de inúmeras divergências tanto em sede de doutrina como também de jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Alvin e outros. Código do Consumidor Comentado. - 2ª ed. – Revista dos Tribunais, São Paulo: 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. Os contratos no projeto de Código Civil, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 104, outubro-dezembro: 1996.

BULGARELLI, Waldírio. O direito do consumidor e os contratos financeiros. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 94, abril-junho: 1994.

CALDAS, Pedro Frederico. As instituições financeiras e taxas de juros, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 101, janeiro-março: 1996.

CORVELLO, Sérgio Carlos. Contratos Bancários. – 1ª ed. – Saraiva, São Paulo: 1981.

DONATO, Maria A. Z.. Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão. – 1ª ed. – Revista dos Tribunais, São Paulo: 1993.

DINIZ, Maria Helena. Teoria Geral do Direito Civil vol. 1º - 10ª ed. – Saraiva, São Paulo: 1994.

ECO, Umberto. Como se faz uma tese. - 12º - Perspectiva, São Paulo: 1995.

EFING, Antônio Carlos. Revista do Direito do Consumidor n. 17 – Revista dos Tribunais, São Paulo: 1995.

FROTA, Mário. Cláusulas Abusivas dos Contratos, Revista *Consulex* n. 17, maio: 1998.

GOMES, Orlando. Contratos. -11ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JÚNIOR, Néelson Nery. Revista do Consumidor n. 3. – 1ª ed. – Revistas dos Tribunais. São Paulo.

LENZI, Carlos Alberto Silveira. Código do Consumidor Comentado. - 1º ed - , Consulex., Brasília, 1992.

LUCCA, Newtom. Direito do Consumidor – Aspectos Práticos – Perguntas e Respostas. – 1ª ed. – Revista dos Tribunais, São Paulo: 1995.

MANDELBAUM, Renata. Contratos de Adesão e Contratos de Consumo, 1ª ed.,
Revista dos Tribunais: São Paulo.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor.
Contratos no Código de Defesa do Consumidor. – 2ª ed. – São Paulo: Revista dos
Tribunais, 1995.

MARTINS, Judith Costa. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do
Sistema Jurídico, RT-680, Ed. Revistas dos Tribunais.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Teoria Geral do Negócio Jurídico. –
1ª ed. – Atlas, São Paulo: 1991.

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. Responsabilidade cível no código do
consumidor – Aide, Rio de Janeiro: 1991.

NERY, Nelson Júnior. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do
consumidor. Revista de Direito do Consumidor n.3, 1993.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.
Saraiva: São Paulo, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. – 2ª ed. – Revista dos
Tribunais, São Paulo:1994.

SCHMIDT, Agathe E. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo,
Revista do Direito de Consumidor n. 17, 1994.

WANBIER, Luiz Rodrigues. Os contratos bancários e o Código de Defesa do
Consumidor – Uma nova abordagem. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1997.

ZANELATO, Marco Antônio. Direito de Consumir. Revista dos Tribunais, São
Paulo: 1993.