

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA CLÁUDIA LOYOLA DA ROCHA

**O CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS
BANCÁRIOS E O CONSUMO SUSTENTÁVEL DO CRÉDITO**

**CURITIBA
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANA CLÁUDIA LOYOLA DA ROCHA

**O CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS
BANCÁRIOS E O CONSUMO SUSTENTÁVEL DO CRÉDITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Efig

CURITIBA

2008

ANA CLÁUDIA LOYOLA DA ROCHA

**O CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS
BANCÁRIOS E O CONSUMO SUSTENTÁVEL DO CRÉDITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Efig

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

Curitiba, 18 de fevereiro de 2008.

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais, por terem oportunizado este momento.

A Rodrigo, cujo amor e dedicação incondicionais pretendo retribuir todos os dias de nossas vidas.

A Sandra, Nilo e Ricardo, pelo apoio constante.

Aos estimados colegas de escritório, pela compreensão e incentivo.

Meu especial agradecimento ao mestre, orientador e amigo Prof. Dr. Antônio Carlos Efig, pela paciência, pelo estímulo e pelas lições sempre precisas.

“Eis por que, na incerteza e na perplexidade infundidas pela impossibilidade em que nos achamos de discernir e escolher o melhor, em virtude das dificuldades e acidentes inerentes a todas as coisas, o mais seguro, a meu ver, quando outras considerações a tanto nos levam, é adotar o partido aparentemente mais honesto e justo; e se há dúvida acerca do caminho mais curto, seguir a linha reta”.

(Michel de Montaigne, *Ensaaios*)

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor foi instituído por expressa determinação constitucional para, mediante regras e principalmente princípios norteadores, não só disciplinar as relações de consumo baseadas em contratações firmadas entre fornecedores e consumidores tendo por objeto a comercialização de produtos e serviços, como também restabelecer o equilíbrio dessa sorte de relação jurídica. Entre os direitos básicos conferidos aos consumidores, assegura-lhes o CDC a possibilidade de modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou de revê-las sempre que fatos supervenientes à celebração do contrato tornarem seu adimplemento excessivamente oneroso ao consumidor. Por ser Onerosidade Excessiva, entretanto, conceito vago, ainda sem definição na legislação brasileira, centra-se este trabalho no seu aprofundamento nos aspectos relacionados a contratos entre instituições financeiras e o consumidor, visto que os contratos regidos pelo Código Civil possibilitam resolução contratual com base apenas nos pressupostos da Teoria da Imprevisão. No tocante aos contratos bancários, a excessiva onerosidade tem por causas principais as altas taxas de juros, o anatocismo e a cumulação de encargos contratuais. Daí por que é necessário o estabelecimento de pressupostos legais não só para aferição de onerosidade excessiva como justo motivo para modificação e revisão de cláusulas contratuais, como também seu efetivo controle nos contratos bancários, controle esse a ser conduzido pelos órgãos administrativos e judiciais considerados em lei para essa tarefa e principalmente pelo próprio consumidor, com vistas ao consumo sustentável dos serviços oferecidos pelas instituições financeiras e à concretização da função social do crédito.

Palavras-chaves: Direito Econômico e Socioambiental. Atividade Econômica. Sociedade de Consumo. Código de Defesa do Consumidor. Relações de Consumo. Revisão Contratual. Contratos Bancários. Onerosidade Excessiva. Controle da Onerosidade Excessiva. Consumo Sustentável.

ABSTRACT

The Brazilian Consumer Code was instituted by virtue of express constitutional determination – through rules and, especially, guiding principles – in order not only to settle consumption relations based on contracts entered by and between suppliers and consumers viewing to trade products and services but also to cover cases in which unforeseen events occur that fundamentally alter the equilibrium of a contract resulting in an excessive burden being placed on one of the parties involved. Among the basic rights granted to consumers, the Consumer Code enables the possibility of changing contract clauses that settle disproportional obligations, reviewing them every time new facts occurring after the agreement has been held imply an excessive burden to the consumer. Notwithstanding, Excessive Onerosity is still a vague concept, yet to be defined by Brazilian laws. Thus, this paper focus on this concept anent aspects related with agreements and contracts between finance institutions and the consumer since those agreements and contracts governed by the Brazilian Civil Code enable their termination based entirely on the Doctrine of Frustration. As for bank agreements and contracts, where continued performance has become excessively burdensome due to an event beyond a party's reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account, the main causes are the high interest rates, anatocism, and accrual of contractual obligations. This is why it is necessary to settle legal principles not only to assess excessive onerosity as a fair reason for changing and reviewing contractual clauses but also its effective control in bank contracts and agreements – being such control to be carried out by administration and legal departments lawfully appointed for this task and especially by the consumer viewing a sustainable consumption of the services offered by finance institutions and the actual concretization of the credit social role.

Key words: Economic, Social and Environmental Law. Economic Activity. Consumption Society. Consumer Code. Consumer Relations. Contract Review. Bank Contracts. Bank Agreements. Excessive Onerosity. Excessive Onerosity Control. Sustainable Consumption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO	14
1.1 TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO ANTERIORES À PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	14
1.2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
1.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO	20
1.3.1 Consumidor	22
1.3.2 Fornecedor	27
1.3.3 Produto	30
1.3.4 Serviço	33
1.3.4.1 Serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitários	35
1.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	36
1.4.1 Função dos princípios	37
1.4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	41
1.4.3 Princípio da vulnerabilidade	43
1.4.4 Princípio da boa-fé	45
1.4.5 Princípio da informação	48
1.5 AVANÇOS SOCIAIS VERIFICADOS APÓS A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	50
2 OS CONTRATOS BANCÁRIOS E A REVISÃO CONTRATUAL	53
2.1 CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO	53
2.1.1 Função social dos contratos e solidariedade	55
2.2 O DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	60
2.3 CONTRATOS BANCÁRIOS	63
2.4 MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS POR MEIO DE REVISÃO CONTRATUAL	67
2.5 RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR EXCESSIVA ONEROSIDADE NO CÓDIGO CIVIL	70
2.5.1 Teoria da imprevisão	74
2.5.1.1 Conceito de extrema vantagem	78
2.6 REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	79
2.6.1 Teoria da onerosidade excessiva	88
2.6.1.1 Conceito de onerosidade excessiva	90
3 AS PRINCIPAIS CAUSAS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS	92
3.1 ALTAS TAXAS DE JUROS	92

3.1.1 Adin n.º 4 e a Emenda Constitucional 40	98
3.1.2 Juros no Código Civil de 2002	101
3.1.3 Taxa média de mercado do Banco Central do Brasil	105
3.2 CAPITALIZAÇÃO COMPOSTA DE JUROS	108
3.2.1 Medida Provisória 2.170-36, de 23 de agosto de 2001	111
3.3 CUMULAÇÃO DE ENCARGOS CONTRATUAIS COMO CORREÇÃO MONETÁRIA, COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E MULTA MORATÓRIA	115
3.4 PROVA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	120
3.4.1 Inversão do ônus da prova	124
3.5 SUPERENDIVIDAMENTO	128
4 O CONTROLE JURÍDICO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	131
4.1 FORMAS DE CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	131
4.2 CONTROLE ADMINISTRATIVO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	132
4.2.1 Atuação do Ministério Público e dos órgãos de defesa do consumidor	135
4.2.2 O Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional	137
4.3 CONTROLE JUDICIAL DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	140
4.3.1 Ações de caráter individual	141
4.3.2 Ações de caráter coletivo	143
4.4 O CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA PELO CONSUMIDOR E O CONSUMO SUSTENTÁVEL DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS	146
CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
REFERÊNCIAS	153

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece em seu artigo 6º, inciso V, ser direito básico dos consumidores a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Todavia, em que pese fornecer a Lei n.º 8.078/90, que instituiu o CDC, uma série de conceitos que facilitam a aplicação desse diploma, não há em todo o texto do código consumerista qualquer menção ao conceito de onerosidade excessiva.

Também no que se refere à revisão contratual, dispõe o Código Civil de 2002 (CC), em seu artigo 478, que nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Entretanto, a resolução contratual poderá ser evitada caso o proponente do contrato ou o réu em eventual demanda judicial se disponha a modificar eqüitativamente as condições pactuadas (artigo 479).

Não obstante tratem ambos os códigos mencionados da onerosidade excessiva, cumpre destacar que a incidência do CDC e do CC se dá em circunstâncias bastante distintas, razão pela qual os reflexos decorrentes da constatação de onerosidade excessiva nos contratos de consumo e nos contratos civis são também distintos.

A modificação dos contratos civis é regida pela Teoria da Imprevisão, fundamentada no advento de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis por qualquer das partes.

Em outras palavras, por estar fundamentado na igualdade entre as partes componentes das relações jurídicas é que o CC, ao adotar a Teoria da Imprevisão, estabeleceu como requisito para resolução dos contratos o desequilíbrio gerado na relação, desde que oriundo de fato extraordinário e imprevisível e tendente a proporcionar desvantagem exagerada a uma das partes.

Por sua vez, a Teoria da Onerosidade Excessiva adotada pelo CDC constitui instrumento de ratificação do equilíbrio contratual buscado pela Teoria da Imprevisão, mas desta se distingue por não eleger a imprevisibilidade ou

extraordinariedade do acontecimento superveniente como requisito para revisão ou modificação do contrato.

No que concerne à possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva com base no CDC, não se faz mister, porém, que o fato superveniente a que alude o inciso V do artigo 6º da lei consumerista seja imprevisto, bastando que ele seja capaz de comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

E é neste ponto, justamente, que se situa a distinção entre a Teoria da Imprevisão, adotada pelo CC, e a Teoria da Onerosidade Excessiva, porquanto aquela exige como requisito para a resolução contratual a imprevisibilidade do fato extraordinário que desequilibre a relação jurídica contratual, tornando o cumprimento das obrigações assumidas excessivamente oneroso a uma das partes.

Para a Teoria da Onerosidade Excessiva é suficiente a mera configuração da onerosidade excessiva para que se proceda à modificação de cláusulas contratuais ou sua revisão, não se exigindo, para tanto, que a onerosidade tenha sido originada de fato extraordinário ou imprevisível.

É possível concluir, pelo exposto, que a onerosidade excessiva aludida no CC não pode servir de parâmetro à aplicação da Teoria da Onerosidade Excessiva nos contratos de consumo, cuja revisão há de observar condições particulares.

Nos contratos bancários a revisão contratual com base na onerosidade excessiva tem sido pleiteada pelos consumidores com frequência ímpar. Isso porque as condições unilateralmente impostas pelas instituições financeiras em tais instrumentos, tipicamente de adesão, dificultam e muitas vezes inviabilizam o adimplemento contratual pelo consumidor.

Dentre as principais causas da onerosidade excessiva nos contratos bancários, destacam-se, principalmente, as altas taxas de juros. Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 40 e o fim da limitação constitucional às taxas de juros bancários, as instituições financeiras ficaram livres para estipular em seus contratos de adesão aquelas que mais lhes convierem.

A capitalização composta dos juros também constitui fator responsável pela majoração exorbitante das prestações assumidas nos contratos bancários. E, embora represente verdadeira transgressão aos princípios e regras insculpidos no CDC, ganhou força com a edição da Medida Provisória 2.170-36, que em seu artigo 5º autorizou a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Acrescente-se ainda a cumulação de encargos contratuais como comissão de permanência e correção monetária, ou comissão de permanência e juros, a onerar demasiadamente as obrigações contratuais, e mesmo a aplicação de índices como a Taxa Referencial e a Taxa de Juros de Longo Prazo, cuja cumulação com taxa de juros sob a falsa rubrica de correção monetária configura capitalização composta de juros.

Pelo exposto, a excessiva onerosidade que permeia os contratos bancários e que muitas vezes acarreta superendividamento constitui gravame que permite ao consumidor efetuar a revisão contratual e assim, expurgando dos contratos as condições nulas, adequando as prestações e tornando as obrigações assumidas exeqüíveis, restabelecer o equilíbrio dessa sorte de relação jurídica.

Porém, para tanto, é necessário que reste demonstrada a excessiva onerosidade. Imprescindível, por conseguinte, que se determine, primeiramente, a quem compete o ônus de provar a onerosidade excessiva e, em um segundo momento, que sejam buscados parâmetros para sua aferição.

Frise-se, contudo, que a adoção de um único critério aplicável a todas as contratações bancárias não parece ser a forma mais adequada de aferição da onerosidade excessiva. Impende que seja igualmente analisada, dentre outros fatores, a situação concreta das partes contratantes e a expectativa de ambas com relação aos efeitos do contrato.

Em síntese, a modificação e a revisão do contrato por conta de sua excessiva onerosidade são instrumentos importantes para tornar as relações contratuais adequadas a outros interesses que transcendem os interesses dos particulares envolvidos em tal relação jurídica. Entretanto, tais práticas não constituem a única alternativa possível para controle jurídico da onerosidade nos contratos bancários e para limitar a imposição, pelas instituições financeiras, de cláusulas contratuais consideradas abusivas. São, ao contrário, apenas exemplos do que se denomina controle concreto dos contratos bancários, realizado pelo Poder Judiciário.

O controle das cláusulas contratuais e da excessiva onerosidade que delas decorre também pode ser realizado na esfera administrativa, por meio do Ministério Público e dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, bem como por meio do Banco Central, a quem incumbe exercer o controle e a fiscalização das instituições financeiras e dos serviços por elas ofertados, apurando reclamações e aplicando as sanções administrativas cabíveis previstas na legislação em vigor.

O principal controle, porém, cabe ao consumidor, agente basilar no mercado de consumo e maior interessado pela busca do equilíbrio nas relações contratuais firmadas com as instituições financeiras e pelo consumo sustentável dos serviços bancários.

É nessa perspectiva que este estudo se dividirá em quatro capítulos preordenados e dispostos a elucidar as discussões acerca da onerosidade excessiva nos contratos bancários e a debater a importância de trabalhar o conceito atual de sustentabilidade da concessão de crédito pelas instituições financeiras.

No primeiro capítulo tratar-se-á do Código de Defesa do Consumidor e das relações de consumo, analisando-se seus elementos, princípios norteadores e, ainda, os avanços sociais alcançados após a sua vigência.

Em momento posterior, no segundo capítulo, delimitar-se-á o tema dos contratos bancários e da revisão contratual, partindo-se de premissas básicas, como o conceito pós-moderno de contrato e sua função social, bem como o diálogo das fontes, para, posteriormente, tratar-se da modificação dos contratos, aqui abrangidas a resolução contratual prevista no Código Civil e a revisão contratual decorrente da onerosidade excessiva amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

No terceiro capítulo se procurará aprofundar as principais causas da onerosidade excessiva nos contratos bancários, tratando-se não só de temas indispensáveis a essa análise, como o histórico dos juros e sua capitalização nos contratos bancários, a correção monetária, a comissão de permanência, a multa moratória e outros encargos contratuais, como também de outros como a prova da onerosidade excessiva nos contratos bancários e o superendividamento, sem os quais, por certo, a tratativa estaria incompleta.

Por derradeiro, no último capítulo será proposto o desfecho lógico do presente estudo, com a abordagem do controle da onerosidade excessiva, iniciando-se com uma verificação das formas em que ele é praticado – seja na área administrativa, seja na judicial –, terminando com uma proposta de consumo sustentável dos serviços bancários, tema que se insere nas necessidades hodiernas do mercado de consumo.

1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

1.1 TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO ANTERIORES À PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As relações de consumo antecedem a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, como não poderia deixar de ser, já recebiam, antes desse advento, a tutela do ordenamento jurídico pátrio.

Até o ano de 1990, quando o diploma consumerista foi promulgado, era o Código Civil de 1916 que assumia a proteção das partes envolvidas nas relações de consumo, sem, contudo, dar enfoque à parte vulnerável dessa sorte de relação jurídica ou, em outras palavras, sem distinguir, para fins de proteção legal, consumidores de fornecedores.

A visão privatista, típica do Código Civil de 1916, maculava a correta percepção das relações de consumo e dos contratos delas originados, e até hoje, mesmo após muitos anos de vigência do CDC, dificulta a interpretação dos princípios que o alicerçam e, conseqüentemente, a adoção de nova postura no que diz respeito à compreensão das relações jurídicas havidas entre consumidores e fornecedores.

Na ótica do legislador pátrio, consumidores e fornecedores encontravam-se em igualdade de condições nas contratações, de sorte que não se fazia necessária a outorga de qualquer privilégio aos consumidores, da mesma forma como nenhum outro contratante, como se extrai da análise do texto legal, gozava de benefício na contratação ou de tratamento diferenciado.

Nas relações privatistas, os contratos eram considerados como amplamente discutidos, debatidos e negociados quando alcançavam o modelo ideal de contratação, capaz de atender aos interesses de ambas as partes contratantes e traduzir sua vontade negocial.

Havendo, portanto, perfeito equilíbrio entre obrigações e direitos assumidos pelas partes, o contrato, enquanto reflexo da vontade livre de contratar, tornava-se lei e vinculava os contratantes ao seu integral adimplemento, até que todas as obrigações assumidas fossem cumpridas e os objetivos envolvidos realizados em sua integralidade.

Aliás, como bem observa Claudia Lima Marques, a concepção clássica de contrato, que compreende tão-somente os contratos paritários, está visceralmente ligada à idéia de liberdade contratual:

Na ciência jurídica do Século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito. A concepção de vínculo contratual desse período está centrada 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 jurídica contratual.¹

Entretanto, as mudanças econômicas e tecnológicas verificadas no decorrer dos séculos XIX e XX acentuaram a evolução jurídica das relações contratuais no Brasil e tornaram perceptível a necessidade de tutela específica do consumidor². Os contratos paritários, discutidos cláusula a cláusula, embora ainda existentes, não mais representavam a maior parte das contratações, tornando imperativa a análise minuciosa das novas formas de contratação surgidas.

Os avanços industriais conquistados ao longo dos anos apontaram para a necessidade de produção e distribuição de bens em grande escala, por meio da redução de custos e da otimização da oferta. Um número crescente de pessoas passou a ter acesso facilitado a produtos e serviços até então indisponíveis, o que impulsionou a “standartização” da produção. Os produtos e serviços precisavam agora chegar com mais rapidez, pelo menor custo possível, a um maior número de pessoas.

Nessa perspectiva, tornou-se forçosa a criação de instrumentos contratuais capazes acelerar a assunção de obrigações. A produção em massa não comportava contratação individualizada, analisada e discutida particularmente com cada consumidor, por meio da ponderação de cada cláusula contratual e adequação de todos os direitos e obrigações contratuais aos interesses de cada consumidor em si considerado. Em outras palavras, a produção em série ensejou a massificação das contratações, que passaram a se basear em condições gerais de venda. As relações contratuais, agora marcadas pela impessoalidade, retiraram do consumidor o elemento volitivo, tão presente nos contratos em sua concepção tradicional.

¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5 ed. rev., atual e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

² BATISTA, Luiz Olavo. Proteção do consumidor: aspectos de direito comparado e internacional. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 83, p. 19-20, jul./set. 1991.

O consumidor deixou então de conhecer o processo produtivo dos bens a ele disponibilizados no mercado de consumo, bem como a essência dos serviços ofertados, suas características, qualidades e eventuais riscos.

No que concerne às contratações, viu-se diante dos contratos de ou por adesão, formulados unilateralmente pelo fornecedor, que excluiu deles a fase pré-contratual e outorgou a si a responsabilidade pela elaboração das cláusulas, impossibilitando ao consumidor ampla discussão dos prazos, valores e demais condições do negócio jurídico entabulado. As cláusulas contratuais, por óbvio, atendiam unicamente aos interesses do fornecedor, ou da parte estipulante, que as redigia de forma a outorgar a si somente direitos e aos consumidores somente obrigações, quando não dificultando a estes a compreensão de seu sentido e alcance.

Desamparado, o consumidor viu-se forçado a aderir aos contratos que lhe eram não ofertados mas efetivamente impostos, adornados por cláusulas contratuais numerosas, incompreensíveis e naturalmente desfavoráveis, sob pena de, em assim não procedendo, ver-se impedido de contratar produtos ou serviços indispensáveis a sua sobrevivência.

Na ausência de outros dispositivos legais compatíveis com a nova realidade contratual, a lei civil foi inadequadamente aplicada às relações de consumo durante todo o século XX, pressupondo um equilíbrio contratual inexistente nos contratos em massa e, conseqüentemente, erigindo a máxima *pacta sunt servanda* ao patamar de verdade absoluta. Uma vez assinado, o contrato tornava-se lei entre as partes, perpetuamente.

Não só as regras, mas também os princípios que orientavam o Código Civil de 1916, não vislumbravam o flagrante desequilíbrio existente entre as partes contratantes das relações firmadas entre consumidores e fornecedores, tendo por objeto a aquisição de produtos ou a prestação de serviços.

Além disso, o Código Civil jamais pretendeu ser um diploma de caráter preventivo, tampouco se prestou à tutela de interesses e direitos coletivos, que, até a entrada em vigor do CDC, permaneceram órfãos. Como ressalta Antônio Carlos Efig:

É o CDC um microsistema das relações de consumo e o Código Civil macrossistema do Direito Privado. A partir desta especificação, pode-se extrair outras diferenças básicas, como o fato de ser o CDC um sistema preventivo e coletivo essencialmente, diferente do CC/2002, que mostra seu caráter preventivo apenas sob determinados aspectos (como por exemplo,

ao estabelecer a boa-fé como fator essencial à realização de negócios jurídicos). Ademais disso é incontestável o fato de tutelar, o CC/2002, relações sob aspecto individual e não coletivo.³

Assim, a interpretação equivocada das relações jurídicas de consumo propiciada pelo Código Civil de 1916, baseado na falsa premissa da igualdade de condições, da autonomia da vontade e da liberdade contratual, não só tolheu dos consumidores, durante décadas, o exercício de direitos básicos, como também retardou e elaboração de um diploma especificamente destinado a sua proteção e ao conseqüente reequilíbrio das relações jurídicas de consumo.

A experiência, porém, mostrou que a visão privatista, embora condizente com as relações contratuais firmadas no âmbito do direito civil, era incompatível com os contratos de consumo, que demandavam a elaboração de normas especiais, capazes de restabelecer o equilíbrio entre os contratantes – especificamente denominados consumidor e fornecedor – e assegurar a satisfação dos interesses de ambas as partes envolvidas.

Em apertada síntese, não obstante a tutela genérica do consumidor já haver sido exercida por muito tempo pelo Código Civil de 1916, o diploma civilista desconsiderava a característica fundamental de todos os consumidores, inerente a sua própria condição: sua vulnerabilidade no mercado de consumo. Somente em 1988, com a Carta Magna, é que a defesa do consumidor, pela primeira vez positivada, ganhou efetiva relevância e adquiriu o *status* de garantia constitucional e princípio da ordem econômica.

1.2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Brasil, as Constituições de 1937, 1946 e 1947, apesar de tratarem sobre a ordem econômica, tutelando direitos e proibindo inclusive a usura, não cuidaram especificamente da tutela do consumidor ou da proteção de seus direitos e interesses.

Com a Constituição Federal de 1988 (CF), o legislador constituinte tornou dever do Estado a promoção da proteção do consumidor, enquanto garantia fundamental, e erigiu a defesa do consumidor à categoria de princípio da ordem

³ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004. p. 38-39.

econômica, determinando a criação de normas especificamente destinadas aos consumidores.

A defesa do consumidor apresenta-se, então, justificada como princípio geral da atividade econômica no artigo 170, inciso V, da CF, segundo o qual a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, entre outros, o princípio da defesa do consumidor.

Primeiramente, e para que se possa compreender por que defesa do consumidor é princípio da ordem econômica e não regra, cumpre esclarecer que os princípios possuem campo de incidência muito superior ao das regras, visto que seu emprego não se encontra adstrito a casos concretos⁴. Como bem observa o doutrinador José de Oliveira Ascensão, princípios gerais do direito são grandes orientações desvinculadas não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica.⁵

Nesse sentido, a defesa do consumidor, enquanto princípio da ordem econômica, tem aplicação ampla, devendo nortear a atividade econômica e sobrepor-se aos interesses puramente mercantis dos fornecedores. Propriedade privada, livre concorrência, livre exercício da atividade econômica, traduzidos no princípio genérico da liberdade de iniciativa, são ideais capitalistas preservados na CF, que abre, porém, espaço à intervenção estatal na atividade econômica em casos específicos que exijam a interferência do Estado, como, por exemplo, aqueles que tenham por objeto relevante interesse coletivo.⁶

Liberdade de iniciativa, portanto, deve ser interpretada de forma harmônica, em consonância com as garantias asseguradas aos consumidores, e somente poderá ser exercida se não violar a esfera de direitos do consumidor.

Ainda no âmbito da CF, a defesa dos consumidores, além de princípio da ordem econômica, é também direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, que, dispondo sobre Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁴ A distinção entre regras e princípios será melhor abordada quando da análise dos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor.

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 404.

⁶ FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 577.

Cabe lembrar, por oportuno, que no século XIX a intervenção estatal se dava somente de forma subsidiária. O Estado, no campo econômico, primava pelo respeito à autonomia dos indivíduos, das famílias, das associações de classe e grupos econômicos, agindo somente indiretamente e quando necessário para criar condições favoráveis ao livre exercício da atividade econômica, harmonizando as relações entre o indivíduo e a sociedade: o Estado deveria intervir na esfera do domínio econômico tão-somente quando tal intervenção – coibindo abusos econômicos e preservando a livre concorrência – se mostrasse necessária à realização do interesse social.

Todavia, como visto, a teoria liberal passou por profundas transformações no final do século XIX, impulsionadas por preocupações ainda centradas na liberdade individual, mas almejando a igualdade de oportunidades. Crescia, assim, a necessidade de intervenção do Estado à medida que já não se observava nas contratações o fator equilíbrio. Aline Arquette Leite Novais arremata:

Passou-se a entender que a presumida igualdade, que a autonomia da vontade e a liberdade contratual, como seu reflexo, proporcionavam às partes, era apenas formal, não passando de utopia irrealizável, e que cabia ao Estado promover uma igualdade real, substancial, que fosse além daquela que estava apenas preconizada na ordem jurídica.⁷

Com a CF, a tutela específica dos direitos dos consumidores por meio do controle estatal assume relevância ímpar. E da conjugação dos dispositivos constitucionais acerca da proteção e defesa dos consumidores extrai-se a plena legitimidade de que passam a gozar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção instituída pelo legislador constituinte.⁸

Isso porque a defesa do consumidor, como transparece na redação do artigo 5º, inciso XXXII, da CF, dependerá da participação do Estado para que possa tornar-se efetiva. Não há como, frise-se, efetivar a defesa do consumidor como princípio constitucional e assegurar a sua obediência e a sua observância sem a intervenção estatal, tornando eficazes e eficientes todas as suas diretrizes.

Imprescindível, portanto, a presença do Estado para assegurar a proteção e a defesa do consumidor. Por tal razão, e em virtude de determinação expressa da

⁷ NOVAIS, Aline Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 69-70.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 263.

Assembléia Nacional Constituinte, consignou-se no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), artigo 48 da Carta Magna, que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias contados da promulgação da Constituição, elaboraria o Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, antes mesmo da promulgação da Carta Magna, já havia sido constituída uma comissão, no âmbito do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, com o objetivo de apresentar o anteprojeto do CDC. Após sua publicação, inúmeros trabalhos legislativos foram produzidos visando à sua adequação e aperfeiçoamento, os quais, após compilação final, deram origem ao Projeto do Código de Defesa do Consumidor.

O Projeto, uma vez submetido ao Presidente da República, foi sancionado com vetos parciais, e no dia 12 de setembro de 1990 publicado como Lei n.º 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor.

1.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

A importância do CDC é refletida na evolução do tratamento jurídico destinado às pessoas, consubstanciada na busca pela coincidência ou equivalência material dos indivíduos que compõem uma relação jurídica de consumo.

O diploma consumerista é um verdadeiro divisor de águas⁹ para a sociedade brasileira em geral, visto que nenhuma outra legislação se mostrara tão preocupada com a tutela dos consumidores, tão clara e objetiva na sua redação – de imediata compreensão e fácil interpretação não só pelos operadores do direito em geral, mas também pelos próprios consumidores – ou tão eficaz no alcance da equidade entre os partícipes das relações jurídicas de consumo.

O CDC mostrou-se norma de vanguarda não só quando de sua entrada em vigor, mas mesmo na atualidade, porquanto permanece sendo referência para inúmeros países que pretendem positivar a proteção e a defesa dos consumidores. Representa a Lei n.º 8.078/90 uma expressiva valorização da democracia, trazendo manifestamente o resgate da noção de cidadania e conseqüentemente de dignidade humana na promessa humanitária de inclusão social e também de justiça social.

⁹ Expressão adotada por Antônio Carlos Efigênia na obra Fundamentos do direito das relações de consumo, op. cit., p. 31.

Por meio do CDC, o equilíbrio contratual é estabelecido de maneira dinâmica e perene. As normas de que é composto, de ordem pública e de natureza cogente, impossibilitam que o fornecedor, valendo-se de seu poderio econômico e do domínio que exerce sobre o mercado de consumo, venha a sobrepor seus interesses em detrimento das garantias constitucional e infraconstitucionalmente asseguradas aos consumidores.

Destarte, a incidência e a aplicação das normas consumeristas não podem ser afastadas pela vontade das partes, de sorte que, caracterizada a relação de consumo, os preceitos do CDC serão observados, impedindo que o fornecedor, valendo-se do desequilíbrio que naturalmente macula as relações de consumo, obtenha vantagem contratual em detrimento dos interesses dos consumidores.

São também de interesse social as normas consumeristas, visto que primam pela harmonia das relações contratuais firmadas pelos consumidores em toda a sua esfera de atuação na sociedade, assegurando-lhes o respeito à vida, à saúde, à dignidade, à segurança e, mesmo, à proteção de seus interesses econômicos.

O que busca, portanto, o CDC, elaborado por determinação do legislador constituinte, é dar tratamento diferenciado ao consumidor, garantindo-lhe que os direitos a ele constitucionalmente assegurados sejam materialmente efetivados, independentemente da vontade do fornecedor.

E hoje, apesar de as relações de consumo terem atingido contornos não imagináveis, como, por exemplo, a tutela do comércio eletrônico e das relações contratuais entabuladas no mundo virtual, pode-se dizer que o CDC ainda tem se mostrado um meio eficaz de proteção à vulnerabilidade do consumidor e, mais do que isso, um diploma que se coaduna perfeitamente com a evolução da sociedade, prescindindo de complementações para que se mantenha atualizado.

Em sendo, pois, o CDC a legislação responsável pela regulação das relações de consumo e de proteção do indivíduo que nelas se encontra em manifesta desvantagem, cumpre observar que essas relações jurídicas se distinguem pelos elementos que as compõem e que, conseqüentemente, as caracterizam, tornando-as singulares. Trata-se de relações jurídicas entabuladas entre fornecedores e consumidores, agentes do mercado de consumo, objetivando, mediante remuneração direta ou indireta, a aquisição de produtos ou a prestação de serviços.

É portanto essencial a compreensão dos elementos que compõem as relações de consumo e as diferenciam das demais relações jurídicas – consumidor,

fornecedor, produto e serviço –, uma vez que o CDC, enquanto lei especial, não se aplica a outra sorte de relação que não seja a de consumo. As relações jurídicas puramente civis, comerciais ou de natureza trabalhista serão regradas pelos textos legais competentes para tanto, mas não pelo CDC.

1.3.1 Consumidor

O CDC define expressamente o conceito de consumidor, e o faz não em um único dispositivo, mas ao longo de seu texto¹⁰, trazendo à luz conceitos distintos nos quais podem ser enquadrados até mesmo indivíduos que não participam diretamente da relação jurídica de consumo.

O *caput* do artigo 2º do CDC conceitua como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O critério ali adotado, consoante entendimento do doutrinador José Geraldo Brito Filomeno, teria sido puramente econômico, pois a norma dispõe apenas sobre aquele que adquire ou usa um bem ou um serviço como destinatário final, visando ao atendimento de uma necessidade própria, particular, e não ao desenvolvimento de outra atividade negocial.¹¹

Em outras palavras, o consumidor destinatário final seria aquele que retira do mercado de consumo determinado produto ou serviço, sem, porém, repassá-lo a terceiros com a intenção de obter lucro, finalizando, desse modo, a relação jurídica de consumo. Ao contrário do que se poderia pensar, o conceito de consumidor destinatário final não se aplica apenas à pessoa física, mas, como o próprio texto legal estipula, também à pessoa jurídica, desde que o consumo não se destine a incremento de sua atividade lucrativa.

O indivíduo que não atua como destinatário final de produtos ou serviços nas relações jurídicas de consumo não seria propriamente um consumidor, segundo a interpretação que faz do *caput* do artigo 2º do CDC a denominada corrente finalista – aqui compreendidos os autores do Anteprojeto do Código de Defesa do

¹⁰ O CDC, diferente do que acontece com a maior parte dos diplomas que compõem o ordenamento jurídico, é um código de conceitos, que facilita a interpretação de seus dispositivos ao delimitar o alcance de grande parte de seus institutos.

¹¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 28.

Consumidor¹² –, pois não teria por objetivo utilizar o produto ou o serviço como destinatário final, mas sim como profissional.

Para essa corrente a interpretação do conceito de consumidor deve ser restringida, abrangendo tão-somente os efetivamente vulneráveis nas relações de consumo, quais sejam, os consumidores destinatários finais do produto ou serviço, que os adquirem para uso particular. Quanto àqueles que se utilizam do produto ou serviço para fins profissionais – aqui consideradas principalmente as pessoas jurídicas –, não poderiam ser considerados vulneráveis no mercado de consumo, razão pela qual não poderiam e sequer precisariam se valer da proteção conferida pelo CDC.

O posicionamento extremista adotado pelos integrantes da corrente finalista foi abrandado com o passar do tempo e com a delimitação da aplicação concreta do CDC, de forma que ao menos parte dos doutrinadores inicialmente filiados a essa corrente hoje concebe os profissionais ou produtores de outros bens também como consumidores para fins de aplicação do CDC, desde que, analisado o caso concreto, restem comprovadas sua vulnerabilidade e necessidade de tutela especial e a não utilização em sua linha de produção do bem adquirido ou serviço contratado.

Essa nova interpretação, denominada finalismo aprofundado, é explicada por Claudia Lima Marques:

Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente.

[...]

Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade.¹³

A corrente maximalista, por sua vez, defende a interpretação extensiva do *caput* do artigo 2º do CDC e amplia o conceito de consumidor para nele incluir os indivíduos considerados destinatários fáticos do produto ou serviço, que retiram esse produto ou serviço do mercado e o consomem, mesmo que como insumo necessário

¹² Tais como Claudia Lima Marques e José Geraldo Brito Filomeno.

¹³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 85.

ao desenvolvimento de sua atividade lucrativa. Dessa forma, agentes do mercado poderiam ser ao mesmo tempo fornecedores e consumidores.

Não obstante datar de 1990 a entrada em vigor do CDC, ainda não há posicionamento doutrinário ou mesmo jurisprudencial consolidado sobre a matéria. De qualquer forma, a adoção de um conceito absoluto não parece a forma mais acertada de solução da controvérsia. O modelo ideal de interpretação do *caput* do artigo 2º do CDC aliaria as duas correntes, considerando consumidor as pessoas físicas ou jurídicas que, independentemente de serem destinatárias finais ou fáticas do produto ou serviço – visando ou não a lucro –, dele fazem uso sem inseri-lo novamente na cadeia produtiva. Parece ser este, aliás, o entendimento mais acertado acerca do conceito de consumidor e o que melhor realiza os ditames constitucionais de igualdade e dignidade humana.

Há também no artigo 2º, parágrafo único do CDC, o que se poderia chamar de outro conceito de consumidor. Por meio do referido dispositivo, vislumbra-se a equiparação de coletividade de pessoas a consumidor, ainda que indeterminável, desde que aja intervindo nas relações de consumo.

Coletividade de pessoas deve aqui ser entendida como a universalidade de pessoas enquanto um conjunto, ou mesmo parte dele, constituído como grupo, categoria ou reunião, sem que possam ser precisados todos os seus componentes.

A justificativa de equiparação da coletividade de pessoas a consumidor, consoante Cláudia Lima Marques, esbarra na vulnerabilidade. Para a referida doutrinadora,

O ponto de partida desta extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade destas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei.¹⁴

O referido dispositivo, como visto, tem o condão de disponibilizar à coletividade de consumidores ou grupo de consumidores eventualmente afetados por um produto ou serviços meios jurídicos, legais e processuais mais eficientes

¹⁴ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, p. 87.

para a responsabilização do fornecedor e conseqüente obtenção de reparação integral de danos sofridos.

Isso porque, ao expandir o conceito de consumidor e nele incluir a coletividade consumidora, o legislador possibilitou a utilização de medidas judiciais de caráter coletivo que tutelam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, restringindo assim o ajuizamento de numerosas ações e medidas de natureza individual, dotadas, todas, do mesmo objeto que, de outra forma, dificultariam e retardariam a atuação do Poder Judiciário, tornando a solução de controvérsias desnecessariamente morosa.

Por meio das ações de caráter coletivo, cujos efeitos se equiparam aos obtidos nas demandas individuais, todos os consumidores prejudicados por determinado produto ou serviço podem obter uma única sentença condenatória, que posteriormente, em fase de liquidação, individualizará a extensão dos danos suportados particularmente por cada consumidor.

No que tange à responsabilização por fato do produto ou serviço¹⁵, equipara-se ainda a consumidor, consoante os termos do artigo 17 do CDC, o terceiro que, mesmo não participando diretamente da relação de consumo, vem a sofrer um prejuízo advindo dela, assumindo a posição de vítima do acidente de consumo. Trata-se do indivíduo que, na condição de espectador de um acidente de consumo oriundo de relação de consumo da qual não participara, é atingido em sua esfera jurídica.

Para fins da equiparação prevista no artigo 17, não se faz necessário que o indivíduo vítima do acidente de consumo seja destinatário final, nos termos da exigência imposta no conceito legal de consumidor expresso no caput do artigo 2º do CDC, qual seja: adquirir ou utilizar o produto ou o serviço como destinatário final.

Basta a simples existência de dano proveniente de um defeito apresentado pelo produto adquirido ou serviço prestado, para terem incidência os efeitos trazidos pelo artigo 17. Seria mesmo contraditório exigir que o mero espectador de um acidente de consumo fosse efetivamente um consumidor destinatário final para que só então pudesse gozar da proteção legal outorgada aos consumidores pelo CDC.

¹⁵ Como bem define Luiz Antonio Rizzatto Nunes, “O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto, que causa um dano maior que simplesmente o mal funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago, já que o produto ou serviço não cumprem o fim ao qual se destinam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material ou moral do consumidor.” (**Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 286.)

Especificamente no tocante ao artigo 17, percebe-se que o legislador, sensibilizado com o fato de terceiros não partícipes de uma relação jurídica de consumo para a aquisição de produtos ou serviços não poderem exercer controle sobre as más conseqüências e os efeitos advindos de acidente de consumo, equiparou-os a consumidores, para que pudessem, diante de danos suportados, ser ressarcidos dentro dos ditames do CDC.

Ao mesmo tempo, a possibilidade de vir a responder por danos causados não ao consumidor mas a um terceiro, vítima de um acidente de consumo, impõe ao fornecedor a necessidade de atuar com cautela, de forma preventiva, observando critérios bastante rigorosos de qualidade e segurança dos produtos e serviços que disponibiliza no mercado.

Por fim, o legislador também equipara a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas comerciais como a oferta e a publicidade, ou sujeitas a contratos de adesão e a cláusulas abusivas, conforme estabelece o artigo 29 do CDC. Trata-se de mais uma equiparação que amplia o campo de aplicação de sua tutela.

Novamente, a equiparação aqui prevista não exige efetiva aquisição de um produto ou serviço para que o indivíduo equiparado passe a gozar das garantias asseguradas aos consumidores pelo CDC. Basta a mera exposição às práticas comerciais e contratuais previstas nos Capítulos V e VI do CDC, para que o indivíduo sujeito a elas seja equiparado a consumidor, sendo absolutamente irrelevante a sua conduta diante delas.

O artigo 29 do CDC, da mesma forma que o artigo 17, impõe a atuação preventiva dos fornecedores, visto que sua responsabilização por práticas comerciais e contratuais desleais independe da contratação ou da existência de relação jurídica de consumo. O simples fato de expor a sociedade a métodos comerciais e contratuais desleais sujeita o fornecedor à responsabilização. E não poderia ser diferente. As práticas comerciais e contratuais previstas nos Capítulos V e VI do CDC têm manifesto alcance coletivo e difuso, atingindo consumidores muitas vezes indetermináveis. Não se poderia, portanto, dentro do sistema protetivo que o CDC encerra, aguardar a concretização da contratação e o surgimento da relação jurídica de consumo para que só então passasse o fornecedor a responder pelos malefícios impostos aos consumidores de seus produtos ou serviços.

Assim, o potencial consumidor, ainda que jamais venha a contratar a aquisição do produto ou serviço ofertado pelo fornecedor, estará, uma vez exposto a estratégias mercadológicas por ele adotadas, protegido pelas normas do CDC, independentemente de o resultado danoso vir a se materializar. O sentido do artigo 29 encontra-se na proteção àquele que está propenso, tendente a inserir-se na relação de consumo.

Finalmente, esclareça-se que a terminologia empregada pelo CDC ao equiparar a consumidor os indivíduos descritos nos dispositivos analisados não significa que exista qualquer diferença de ordem prática entre os consumidores destinatários finais, previstos no *caput* do artigo 2º do CDC, e os consumidores “equiparados”, conceituados em outros dispositivos do diploma consumerista. De nada valeria fazer a previsão de inúmeras práticas reprováveis lançadas pelos fornecedores sem equiparar as vítimas de tais práticas, comerciais e contratuais, para efeito da proteção outorgada pelo CDC, a consumidores.¹⁶

1.3.2 Fornecedor

O conceito de fornecedor, tal qual o de consumidor, foi igualmente previsto de maneira expressa no texto do CDC que, em seu artigo 3º, definiu a figura do fornecedor como

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Mesmo a análise mais superficial do referido dispositivo permite concluir que o termo fornecedor não se limita àquele que faz ou comercializa o produto ou o serviço, mas engloba todo aquele que provisiona o mercado de consumo, independentemente de ser pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, de direito privado ou público. O fornecedor de dada relação de consumo pode ser, assim, o exportador que comercializa produtos ou serviços com um importador residente no Brasil, o próprio Estado, bem como suas empresas públicas, de economia mista ou concessionárias. Luiz Antonio Rizzatto Nunes observa:

¹⁶ EFING, **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 66-67.

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.¹⁷

Entes despersonalizados, por sua vez, são os sujeitos desprovidos de personalidade jurídica mas que exercem algum tipo de atividade produtiva na sociedade de consumo.

Por exemplo, uma empresa de fato da economia informal, que fornece um produto qualquer, fazendo dessa atividade seu principal sustento, sua fonte de lucro, enquadra-se perfeitamente no substrato legal como fornecedor. Da mesma forma, pode ser enquadrada no conceito de fornecedor a massa falida que, administrada, dá continuidade às atividades até então desenvolvidas pela empresa, objetivando precipuamente o pagamento dos credores.

Tem-se, em contrapartida, o exemplo do condomínio ou das entidades associativas de modo generalizado, que possuem como paradigma primordial a atividade conjunta de vários indivíduos a fim de formalizar interesses próprios, por conselhos deliberativos ou por participação direta em assembleias gerais. Trata-se de entidades de natureza civil, que não podem, portanto, integrar relações jurídicas de consumo.

Perante o Direito do Consumidor, fornecedor é aquele que desenvolve atividades no mercado de consumo, tais como produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização, consoante o rol previsto no artigo 3º do CDC.

Frise-se, porém, que se trata de rol meramente exemplificativo, visto que não havia como o legislador prever todas as atividades fornecidas no mercado de consumo à época da promulgação do CDC; tampouco como dimensionar as atividades que ainda poderiam vir a ser disponibilizadas em razão dos inevitáveis avanços sociais e tecnológicos.

Contudo, apesar de não haver restrição quanto às atividades caracterizadoras do fornecimento, é certo que devem ser desenvolvidas pelo fornecedor, havendo aqui o indício de perpetuidade ou habitualidade na prática da atividade.

¹⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 90.

Se atos jurídicos isolados, casuais ou eventuais, não constituem atividade, o indivíduo que exerce uma atividade – mercantil, civil ou de qualquer outra natureza – sem que ela seja reiterada no tempo, não é considerado fornecedor, restando afastada, pois, a incidência do CDC à relação jurídica por ele constituída.¹⁸

É certo, ainda, que a atividade de prestação de serviços ou de fornecimento de produtos deve pressupor uma remuneração ou, no mínimo, uma perspectiva de remuneração¹⁹. Desse ponto de vista, parte da doutrina entende que o requisito da remuneração compreenderia, também, o profissionalismo, de sorte que o conceito de fornecedor estaria atrelado ao caráter de profissionalismo com que a pessoa física ou jurídica desenvolve determinada atividade.

Não parece ser esse, porém, o entendimento mais adequado acerca da matéria. Veja-se que um determinado indivíduo que exerce atividade profissional remunerada pode, visando à complementação de sua renda mensal durante determinado período, arriscar-se na economia informal, como, por exemplo, a revenda de produtos. Perante aqueles que adquiriram o produto, o indivíduo em análise é certamente fornecedor. Todavia não se pode dizer que a revenda de produtos seja exercida profissionalmente, uma vez que o indivíduo não se tornou profissional na atividade, tampouco almejou tal posição especializando-se para tanto. Há outra atividade comercial e econômica por ele desenvolvida, esta sim profissional, já que se trata do seu principal ofício.

Em síntese, o desenvolvimento de determinada atividade previsto no artigo 3º do CDC para fins de definição do conceito de fornecedor não passa necessariamente pelo profissionalismo em seu exercício. Atividade não demanda

¹⁸ “O ato, como sabemos, consiste numa ação isolada praticada por alguém. Trata-se de algo episódico ou ocasional. Na atividade, ao contrário, há uma sucessão repetida de atos, praticados de maneira organizada, de modo a caracterizar-se numa constante oferta de bens ou de serviços à coletividade.” (LUCCA, Newton de. A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Direito Empresarial Contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 72-73).

¹⁹ As formas direta e indireta de remuneração serão oportunamente analisadas. Por ora, é possível antecipar o entendimento de Claudia Lima Marques, para quem “mesmo serviços gratuitos ligados ao *marketing* são regulados pelo CDC (a exemplo do art. 39, parágrafo único, que regula as amostras grátis, e do art. 37, que regula a publicidade), assim como os serviços ligados à manutenção das concessões (como é o caso dos transportes gratuitos) e ao próprio comércio (como é o caso dos bancos de dados, regulados pelo art. 43 e ss. do CDC). Estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu *marketing* e de seu preço total, pois são remunerados indiretamente na manutenção do negócio principal e das concessões da linha, na fidelidade dos consumidores daí oriunda (exemplo: cartões de milhagem etc.), nos efeitos positivos do *marketing* usado, enfim, no preço final do serviço ou produto colocado no mercado por aquele fornecedor”. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 115).

profissionalidade. O que a lei exige não é um profissionalismo na atividade praticada, mas sim que ela seja exercida tendo o indivíduo, no caso o fornecedor, a finalidade de torná-la seu meio de vida principal ou subsidiário, em caráter regular ou eventual.

Logo, denota-se que a palavra chave para a solução do debate sobre o enquadramento ou não de determinado indivíduo na definição de fornecedor encontra-se no significado de *atividade* e não de *profissionalismo*²⁰. A lei não exige apenas conduta típica do fornecedor no desenvolvimento da atividade; exige sim uma finalidade para o seu exercício e sua duração. Deve a atividade, pelo exposto, ser tipicamente profissional, exercida com certa habitualidade, aqui compreendida a atividade permanente ou apenas temporária.

Parece claro, não obstante as considerações até aqui traçadas, que o desenvolvimento de determinada atividade deverá ser distinto da prática isolada de atos de comércio caso a caso, uma vez que não se pode delimitar com exatidão quantas vezes precisa o indivíduo exercer determinada atividade para que se possa definir se se trata de desenvolvimento de atividade comercial, em caráter regular, ou de exercício eventual, ocasional.

1.3.3 Produto

Produto também tem conceito definido pelo legislador no CDC, em seu artigo 3º, § 1º.²¹ Trata-se de conceito universal, absolutamente amplo, capaz de perpetuar sua contemporaneidade no tempo, uma vez que independe de referências circunstanciais. Produto seria, então, o objeto de interesse do adquirente em determinada relação de consumo ou, em linhas gerais, tudo o que seja suscetível de valoração econômica.²²

As limitações na conceituação de produto feitas pelo legislador, se assim podem ser chamadas, referem-se unicamente aos tipos em que poderiam ser

²⁰ Compartilham desse entendimento Luiz Antonio Rizzatto Nunes (**Curso de direito do consumidor**, p. 86-87) e Antônio Carlos Efig (Fundamentos do direito das relações de consumo, p. 69).

²¹ O autor José Geraldo Brito Filomeno defende a idéia de que melhor seria falar em “bens” e não em “produtos”, uma vez que o primeiro termo é mais abrangente, aconselhando tal nomenclatura a boa técnica jurídica e a economia política (**Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 51).

²² Definição utilizada por Hélio Zaghetto Gama na obra **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 39.

classificados os produtos objeto da relação de consumo, quais sejam: móveis ou imóveis, materiais ou imateriais.

É lícito o empréstimo de definições já consagradas pelo Direito Civil na análise dos conceitos de produto móvel ou imóvel, para a delimitação do que se compreende por cada um desses vocábulos.

O artigo 79 do Código Civil de 2002 estabelece que são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente; o artigo 80 também considera bens imóveis, para efeitos legais, os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, bem como o direito à sucessão aberta; e, pelo artigo 81 do Código Civil, não perdem o caráter de imóvel as edificações que, separadas do solo mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local, e assim também os materiais provisoriamente separados de um prédio para nele se reempregarem.

Bens móveis, ainda considerando as definições do Código Civil, são, nos termos do artigo 82, os bens suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social, considerando-se no artigo 83, para efeitos legais, igualmente bens móveis as energias que tenham valor econômico; os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes e os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. Por fim, são ainda bens móveis, de acordo com a previsão contida no artigo 84 do Código Civil, os materiais destinados a alguma construção enquanto não forem empregados ou após a demolição de algum prédio.

Registre-se, por oportuno, que os conceitos de bem móvel e de bem imóvel podem ser trazidos do Código Civil e utilizados na definição de produto prevista no artigo 3º, § 1º, do CDC. Porém somente a caracterização de todos os demais elementos que compõem as relações de consumo ensejará a aplicação das normas do CDC e não do Código Civil a determinada relação jurídica.

No que concerne à definição de produto material ou imaterial, havia, no Código Civil de 1916, em seu artigo 54, menção expressa às coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, singulares ou coletivas, tratando o legislador de definir, nos incisos que sucediam ao artigo 54, apenas as coisas singulares e coletivas.

Não há no Código Civil de 2002 nenhuma menção a bens materiais e imateriais. Exemplos, porém, de bens imateriais, podem ser extraídos da obra de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, que, analisando a vagueza dos conceitos, esclarece:

Diga-se em primeiro lugar que a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada. Por isso fixou conceitos os mais genéricos possíveis. Isso é que é importante. A pretensão é que nada se lhe escape.

Assim, a designação “produto” é utilizada, por exemplo, nas atividades bancárias (mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos etc.). Tais “produtos” encaixam-se, então, na definição de bens imateriais.²³

Há, finalmente, classificação de produto não prevista no artigo 3º, § 1º, mas cuja análise se mostra imprescindível à correta contagem do prazo para reclamação por vícios aparentes ou de fácil constatação. São os produtos duráveis e não duráveis que definem o prazo do consumidor para reclamar, denominado pelo CDC de prazo decadencial, de trinta ou noventa dias, conforme prevê seu artigo 26.

Produto durável, como próprio nome diz, é aquele que não se extingue com o uso²⁴ e cuja funcionalidade deve se esgotar ou ao menos ser reduzida pelo uso natural do bem ou pelo transcurso regular do tempo. Espera-se legitimamente de um bem ou produto durável que possa ser utilizado por diversas vezes antes de se desgastar ou deteriorar.

O produto não durável, por conseguinte, é aquele que se extingue com o uso comum, com a fruição ordinária. Os produtos não duráveis, por óbvio, não gozam de durabilidade e, em sendo utilizados, certamente irão se esgotar ou perder em curto espaço de tempo a finalidade à qual se destinam. São exemplos de produtos não duráveis os alimentos, as bebidas, os remédios.

Por tal razão, o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, consoante os termos do artigo 26 do CDC, caduca em trinta dias no caso dos produtos não duráveis, já que deixarão de existir com o uso normal, e em noventa dias em se tratando de serviços e de produtos duráveis, uma vez que, em razão da própria natureza do produto ou serviço, o consumidor levará mais tempo para detectar eventual vício.

²³ NUNES, **Curso de direito do consumidor**, p. 91-92.

²⁴ *Ibid.*, p. 92.

1.3.4 Serviço

O conceito de serviço vem estampado no artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC, nos seguintes termos: “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”.

Dessa forma, serviço é qualquer atividade prestada no mercado de consumo, cabendo ressaltar que a palavra “qualquer” dá a exata dimensão da abrangência do conceito de serviço para o direito do consumo.

A definição trazida no CDC também permite verificar que não há nenhum conflito entre as suas normas, as normas do Código Civil ou mesmo as normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), porquanto as atividades fornecidas no mercado de consumo mediante remuneração, decorrentes das relações de caráter trabalhista, não serão disciplinadas pelo CDC, mas pela legislação trabalhista, como esclarece o próprio artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC. De outro lado, o artigo 593 do Código Civil de 2002 informa que somente tutelar a prestação de serviço não sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial (aqui entendida a Lei n.º 8.078/90, lei especial que instituiu o CDC para regular as relações de consumo).

De igual forma, não estariam inseridos nos serviços denominados pelo CDC os tributos em geral ou as taxas e contribuições de melhoria, pois que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária. No caso das tarifas, estas sim estariam inseridas no contexto dos serviços ou, mais particularmente, no de preço público pelos serviços prestados diretamente pelo Poder Público ou então, mediante sua concessão ou permissão, pela iniciativa privada.

Aliás, os órgãos públicos, por si ou por empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de outorga, são considerados fornecedores de serviços, por expressa determinação do artigo 22 do CDC. Portanto, contribuinte não se confunde com consumidor, já que no primeiro caso o que subsiste não é uma relação de consumo, mas uma relação jurídica de natureza tributária, sujeita, portanto, às normas do Código Tributário Nacional e demais legislações correlatas.²⁵

No tocante à classificação, ao contrário do que se verificou com os produtos, os serviços não foram classificados pelo legislador, de sorte que a eles se aplica

²⁵ Apontamentos feitos por Filomeno na obra **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 53.

somente a classificação constante do artigo 26, incisos I e II, do CDC, que os divide em serviços duráveis e não duráveis. Seriam então serviços não duráveis aqueles que, por sua natureza ou pela vontade das partes contratantes, encerram-se rapidamente, imediatamente após sua prestação, como aqueles de hospedagem. Já os serviços duráveis, por sua vez, seriam os que se prorrogam no tempo em razão de prévia estipulação das partes, como os contratos de seguro.

Por fim, no tocante ao requisito da remuneração, expressamente previsto no conceito de serviço, vale dizer que ela poderá se dar de forma direta ou indireta ao fornecedor, bastando que este aufera alguma sorte de benefício econômico em decorrência do serviço prestado. Sobre o assunto, cabe transcrever a lição de Antônio Carlos Efig:

A remuneração direta é a compensação imediata, ou a retribuição instantânea pelo serviço prestado: há a prestação, e sua conseqüente remuneração, que se dá de forma perfeitamente visível. Sujeita-se ao arbítrio das partes, que a convencionam livremente. Assim, normalmente importa em prestação pecuniária, mas nada impede seu ajuste em outras espécies, como alimentos, vestuário etc. É a forma mais comum de remuneração, sujeitando-se ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor.

Indireta, por sua vez, podemos chamar a remuneração que se traduz num benefício econômico, numa vantagem auferida pelo prestador do serviço que será verificada não no exato momento da prestação, mas da qual poderá este desfrutar futuramente.²⁶

Note-se, ainda, que mesmo os serviços aparentemente gratuitos ofertados no mercado de consumo são remunerados indiretamente. É o caso, por exemplo, do envio ou da entrega de produtos ou serviços ao consumidor sem solicitação prévia, prática objeto do artigo 39, inciso III, do CDC.

Em que pese valer-se o fornecedor de tal prática considerada abusiva pelo diploma consumerista, é certo que, mesmo sem ter sido previamente estipulada qualquer remuneração, a entrega de produtos ou serviços supostamente gratuitos assegura ao fornecedor a fidelização do consumidor e, na maioria das vezes, constitui estratégia bastante eficaz de *marketing* e divulgação de sua marca no mercado. Aliás, nem se poderia presumir que o fornecedor, ao disponibilizar amostra grátis de seu produto ou serviço, não esperasse algum benefício futuro. Há, pois, na entrega aparentemente gratuita de produtos e serviços, remuneração indireta da qual se beneficiará o fornecedor, restando aqui caracterizada a prestação de serviço.

²⁶ EFING, **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 86.

1.3.4.1 Serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitários

Feita essa primeira análise, importa precipuamente ao presente trabalho observar que o conceito de serviço previsto no CDC engloba as atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias, ou seja, a grande maioria dos serviços disponibilizados no mercado de consumo pelas instituições financeiras. Porém, não obstante a redação clara conferida a esse dispositivo pelo legislador, por muito tempo os bancos insistiram em tentar excluir da esfera de abrangência das normas do CDC os serviços de natureza bancária.

As justificativas dos bancos para se furtar ao cumprimento das normas consumeristas limitavam-se normalmente à discussão do próprio conceito de serviço ou de consumidor. A entrega de dinheiro ao consumidor não poderia ser considerada prestação de serviço ou, em última análise, o consumidor que obtém crédito ou dinheiro não poderia ser considerado destinatário final, visto que, valendo-se de novas contratações, necessariamente repassaria a terceiros os valores obtidos junto aos bancos.

Nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça, que por meio da Súmula 297, de 09 de setembro de 2004, consolidou o entendimento de que o CDC é aplicável às instituições financeiras²⁷, pôde evitar que os bancos e instituições financeiras permanecessem furtando-se ao cumprimento das normas ali contidas.

Após inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria e o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) autuada sob número 2.591, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) perante o Supremo Tribunal Federal – objetivando a declaração de inconstitucionalidade formal e material do CDC aos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários –, a celeuma foi finalmente solucionada quando o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão datada de 07 de junho de 2006, por nove votos a favor e dois contra, julgou o mérito da referida ADIn, ratificando a constitucionalidade do CDC e de seu artigo 3º, parágrafo 2º, e a aplicação do diploma consumerista aos serviços e operações bancárias, financeiras, de crédito e

²⁷ Antes disso, o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, no Enunciado n.º 5, já se havia pronunciado nos seguintes termos: “As instituições financeiras, como prestadoras de serviços, especialmente contempladas no art. 3º, § 2º, estão submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor”.

securitários, extirpando qualquer eventual dúvida remanescente acerca da sua aplicação às instituições financeiras.

Não há mais dúvida, portanto, de que as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras – tanto na prestação de serviços a seus clientes (como cobrança de contas de luz, água e outros serviços, ou então, expedição de extratos), quanto na concessão de mútuo ou financiamentos para a aquisição de bens – inserem-se no conceito de serviço.

1.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No tocante aos princípios gerais que norteiam o CDC e cuja análise se mostra imprescindível ao desenvolvimento do presente trabalho, dispõe seu artigo 4º que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, além da proteção de seus interesses econômicos, da melhoria da sua qualidade de vida, e, ainda, a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os princípios que se seguem enumerados ao longo de oito incisos.

Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo são disponibilizados ao Poder Público, no artigo 4º do CDC, instrumentos tais como a manutenção de assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente, a instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor no âmbito do Ministério Público e a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo.

Trata-se, então, do espírito de harmonização, de restabelecimento do equilíbrio das relações de consumo, que se realiza com base em determinados princípios que constituem o verdadeiro pilar da defesa do consumidor.

Cumpra esclarecer, todavia, que apesar de ser dotado de princípios particulares e regras próprias, o direito do consumidor não é alheio aos demais ramos do direito, nem se desliga por completo dos princípios e regras que orientam os demais sistemas jurídicos, como bem alerta Antônio Carlos Efig:

[...] o direito do consumidor, como um novo ramo do direito, dota-se de princípios particulares distintos dos demais sistemas jurídicos. No entanto, não ocorre de todo o desligamento do direito do consumidor com os demais ramos, pois em casos de lacunas na lei de defesa do consumidor, outros

diplomas legais concorrerão para supri-las, ao mesmo tempo em que não deverão contrariar os princípios vigentes no CDC.²⁸

Enfim, a doutrina²⁹ extrai do próprio *caput* do artigo 4º do CDC alguns princípios que seguem complementados por outros princípios, vislumbrados nos incisos que lhe sucedem. Não há, porém, uma única classificação ou enumeração correta ou incorreta dos princípios que norteiam a Política Nacional das Relações de Consumo. Dessa forma, ao presente trabalho parece mais útil a análise dos princípios da vulnerabilidade, da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e, por fim, da informação.

Antes, porém, de se iniciar a abordagem dos princípios mencionados, há a necessidade de compreender a distinção entre regras e princípios e de avaliar qual a relevância destes para o ordenamento jurídico.

1.4.1 Função dos princípios

A análise dos princípios e de sua função dentro do ordenamento jurídico passa invariavelmente pela sistematização da teoria dos princípios defendida por Ronald Dworkin, a cujo trabalho a mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo. Consoante Luís Roberto Barroso, sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.³⁰

Nessa perspectiva, de acordo com Ronald Dworkin, os juristas chamados pelo autor de saudosistas reverenciam a idéia de que o direito se autopurifica: o direito contemporâneo seria impuro e estaria buscando, com árduo trabalho, a sua purificação sem, no entanto, jamais alcançá-la. Ocorreria na verdade um aprimoramento, mas nunca a purificação em si. Em outras palavras, por meio da autopurificação, o direito se poderia dissociar de ideologias, de juízos de valor, fundamentando-se unicamente nos princípios e normas em vigor.

²⁸ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

²⁹ Antônio Carlos Efig, Luiz Antonio Rizzatto Nunes e Alcio Manoel de Sousa Figueiredo, dentre outros.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo. **Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 1, 2001.

Com base nessa primeira abordagem, Dworkin refuta a idéia de que seria possível haver uma forma de direito mais pura do que a que hoje se conhece. Isso porque, para os juízes, o direito consiste em princípios capazes de sustentar ou amparar tanto a doutrina como os demais dispositivos legais existentes. “Os princípios do direito são pois antes de mais princípios ou grandes orientações da ordem positiva, que a percorrem e vivificam, e que têm assim a potencialidade de conduzir a novas soluções”.³¹

Oportuno, pois, antes de adentrar na análise específica dos princípios que orientam o CDC, que se elucide a distinção feita por Dworkin no que tange às regras e aos princípios.

Conforme esclarece o autor, tanto regras quanto princípios são normas jurídicas, de modo que estas poderiam ser divididas em regras e princípios.³²

Os princípios, porém, estão compreendidos no conjunto de padrões que se referem a certas circunstâncias e, sem ser regras, servem para elucidar direitos e deveres. Como analisa o doutrinador Luís Roberto Barroso, “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir”.³³

As regras, por sua vez, disciplinam situações bastante específicas, previamente estabelecidas. Em se verificando sua ocorrência, as regras serão aplicadas; caso contrário, não. Todavia, o cumprimento das normas, uma vez constatada a sua aplicabilidade a determinado caso concreto, é obrigatório, fazendo-se necessário observar precisamente o que elas ordenam. Luís Roberto Barroso, analisando a teoria de Dworkin, sintetiza:

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (“*all or nothing*”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. [...] O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua

³¹ ASCENSÃO, **Introdução à ciência do direito**, p. 402.

³² Para Norberto Bobbio, não há dúvida de que princípios gerais são normas como todas as outras. Esclarece o autor: “Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?” (**Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc.: Cláudio de Cicco; apres.: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 158-159).

³³ BARROSO, op. cit., p. 44.

incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.³⁴

Nessa perspectiva, quando se verifica colisão de duas regras, somente uma prevalecerá e será aplicada, de modo que a de menor peso não permanecerá no ordenamento jurídico. Uma regra jurídica, por apresentar papel mais relevante na regulação do comportamento, pode ser mais importante do que outra, de forma que quando duas entram em conflito, uma delas substitui a outra por se mostrar mais relevante.³⁵

Os princípios, por sua vez, têm campo de incidência muito maior, pois atendem a uma multiplicidade de situações. São “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”.³⁶ Entre os princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, não se verifica conflito. Podem colidir, mas nesse caso eles não se excluem; a escolha de um em detrimento de outro não acarretará perda de sua eficácia em outras hipóteses. A aparente colisão de princípios é solucionada pela análise ponderada dos valores de cada um, priorizando a igualdade, o direito individual. Isso ocorre com os princípios positivados no CDC e, da mesma forma, com os princípios que informam qualquer outro sistema jurídico.

Assim, quando princípios colidem – e, note-se, tal colisão é bastante razoável considerando-se a amplitude das normas de que é composto cada sistema jurídico –, deve-se ponderar o poder relativo de cada um individualmente considerado, de sorte que, na forma defendida por Dworkin, o que se obterá é a composição dos princípios mediante ponderação.

No direito do consumidor principalmente, por se tratar de um ramo jurídico balizado pelos princípios constitucionais, tais colisões ocorrem com bastante frequência, tendo em vista que, nos termos do artigo 170, inciso V, da CF, a defesa do consumidor é um dos pilares da ordem econômica, como também o são a propriedade privada (inciso II do mesmo artigo), a livre concorrência (inciso IV do mesmo artigo) e a busca do pleno emprego (inciso VIII do mesmo artigo).³⁷

³⁴ Id.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Biblioteca Selecta, 2004. p. 179-183.

³⁶ BOBBIO, op. cit., p. 158.

³⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 28.

Diante da colisão de princípios, a exclusão de um deles do sistema jurídico não deve ser cogitada.

Sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis.³⁸

A idéia de ponderação de Ronald Dworkin pressupõe a avaliação dos princípios colidentes visando a sua harmonização. A aparente contradição, como visto, não ensejará a exclusão de determinado princípio do sistema jurídico em que está inserido, de modo que a ponderação deverá conduzir à coexistência entre os dois ou mais princípios colidentes, evitando-se ao máximo a mitigação de qualquer um deles ou a supremacia de um em detrimento do(s) outro(s).

A relevância dos princípios no ordenamento jurídico pode ser então facilmente observada após a elucidação dos conceitos de regras e princípios. As regras são estanques, e somente podem ser aplicadas aos casos concretos para os quais foram criadas. Destarte, enquanto normas estagnadas no tempo, não estariam as regras, por si só, aptas a abranger todas as espécies de relações jurídicas que surgem diariamente e as complexas questões delas resultantes. Somente com o auxílio dos princípios, enquanto normas de ampla incidência que disciplinam situações variadas, é que o direito pode acompanhar a evolução natural da sociedade e de suas necessidades, e oferecer soluções satisfatórias e ao mesmo tempo atuais.

Os princípios, então, por sua dimensão e por seu conteúdo axiológico, estariam aptos a sanar quaisquer situações para as quais não se poderia, com a mera utilização das regras, vislumbrar uma solução jurídica.³⁹

Em síntese, o modelo de princípios, sustenta Dworkin, satisfaz todas as condições por ele propostas, uma vez que observa a integridade do direito e atende às demandas sociais de equidade e de justiça.

Do exposto, extrai-se que também no CDC os princípios exercem papel de suma relevância, visto que complementam as regras estabelecidas no referido diploma.

³⁸ BARROSO, op. cit.

³⁹ DWORKIN, op. cit., p. 213.

Assim, ainda que em dado momento, tendo em vista a dinâmica da sociedade, eventualmente não haja no estatuto consumerista dispositivo claramente aplicável a determinado caso concreto – como sustentam alguns doutrinadores no que tange às relações contratuais firmadas via internet –, sempre haverá, dentro do próprio sistema jurídico, uma resposta jurisdicional correta, uma vez que estará o magistrado vinculado à adoção de um dos princípios obrigatórios da Política Nacional das Relações de Consumo, que dará solução adequada ao caso.

1.4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana deve sua positivação – verificada primeiramente no ordenamento pátrio na CF – à natural evolução da teoria da personalidade e dos direitos a ela relacionados. Assim leciona Alexandre dos Santos Cunha:

A partir do desenvolvimento da teoria da personalidade, abriu-se todo um novo campo para a expansão de demandas de tutela, bem como de formalização de direitos que a ela estariam relacionados. Essas demandas acabaram por alçar a dignidade humana, enquanto princípio-fonte da teia dos direitos de personalidade, à categoria de Direito do Homem, consagrado, até, no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU.⁴⁰

Antes mesmo de o respeito à dignidade do consumidor despontar no CDC como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, a dignidade da pessoa humana já encontrava previsão no texto constitucional, no artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como no *caput* do artigo 170, segundo o qual a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna.

Ressalte-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, em que pese sua alusão clara em apenas dois artigos da Constituição, informa integralmente o texto constitucional, de sorte que dele decorrem inúmeros outros dispositivos.

A título de exemplo, podem ser mencionados o direito geral de ação (art. 5º, inc. II), da liberdade religiosa (art. 5º, inc. IV), da liberdade de expressão (art. 5º, inc.

⁴⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 243.

IX), da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, inc. X), dos direitos sociais do art. 6º, dos princípios gerais da atividade econômica do art. 170, do direito à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), e vários outros.⁴¹

Sem se exceder na delimitação de sua esfera de abrangência, é possível afirmar não só que o texto constitucional se encontra impregnado pelas luzes da dignidade humana, mas que este princípio se reflete em todo o ordenamento jurídico. Tal proposição é corroborada pela previsão expressa desse princípio no *caput* do artigo 4º do CDC, segundo o qual “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade [...]”.

Da mesma forma que permeia o texto constitucional, a dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrada ao longo de todo o diploma consumerista, que, determinando o respeito à dignidade do consumidor, assegura-lhe direitos básicos que não podem ser olvidados pelos fornecedores de produtos e serviços; prevê instrumentos rigorosos de responsabilização dos fornecedores pelo desatendimento a critérios de qualidade dos produtos e serviços ou ao dever de informação sobre suas características e riscos; veda práticas comerciais e contratuais abusivas, e destina ao consumidor uma vasta gama de meios que facilitam seu acesso à justiça não apenas individualmente, mas também em caráter coletivo.

Trazendo à análise o princípio da dignidade da pessoa humana na ótica do diploma consumerista, é possível dizer que tal princípio prescreve, em síntese, o respeito à dignidade do consumidor enquanto pessoa, a proteção de seus direitos e a defesa de seus interesses, em todas as relações jurídicas havidas no mercado de consumo.

Aliás, como assinala Rogério Ferraz Donnini, “a dignidade da pessoa humana, por ser um princípio superior, impõe um comportamento correto, equânime, proporcional, ético, na realização de qualquer negócio jurídico”⁴². Se o homem reconhece a dignidade em si mesmo e nos outros homens⁴³, arrisca-se dizer que o

⁴¹ Relação feita por Alexandre dos Santos Cunha, op. cit., p. 255-256.

⁴² DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil pós-contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.

⁴³ JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Trad. de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1997. p. 53-54 apud ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 228.

fornecedor estará respeitando a dignidade do consumidor quando não impuser a este condições negociais que ele próprio não aceitaria ou, em linhas gerais, quando dispensar ao consumidor o mesmo tratamento que gostaria que lhe fosse dispensado.

1.4.3 Princípio da vulnerabilidade

Sobre os pressupostos que fundamentam o princípio da vulnerabilidade, cumpre lembrar que, independentemente do nível social, cultural ou econômico de cada consumidor, todos para sobreviver dependem de maneira incontroversa da diária aquisição de produtos e da contratação regular de serviços, visto que o homem comum não é capaz de produzir a totalidade dos bens de que precisa ou realizar todos os serviços de que necessita em sua vida cotidiana. E não é dado ao consumidor optar por produtos ou serviços, senão pelos que lhe são ofertados no mercado de consumo pelos fornecedores. Aí reside a vulnerabilidade do consumidor, pois que se sujeita e se submete – não por opção, mas por absoluta falta de alternativas – ao poderio dos fornecedores.

Observe-se que o consumidor, sem dúvida alguma, é a parte mais frágil da relação de consumo. Isso porque não dispõe de elementos que lhe possibilitem o controle do mercado, estando este verdadeiramente submetido a exclusivo talante do fornecedor. Se não pode o consumidor ele mesmo prover suas necessidades, resta claro o vínculo de dependência que mantém para com os fornecedores que atuam no mercado de consumo.

Destarte, por serem todos os consumidores, em maior ou menor grau, dependentes dos fornecedores de produtos e serviços, é que com a criação do CDC a vulnerabilidade se torna presumida. Todos os consumidores, por mais independentes que possam parecer, ao menos em determinado momento precisarão contratar a aquisição de produtos ou a prestação de serviços, razão pela qual a vulnerabilidade tornou-se a característica marcante dos consumidores e, conseqüentemente, atributo subentendido.

Segundo a classificação de Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade poderia ser técnica, fática e jurídica. A vulnerabilidade técnica corresponderia à falta de conhecimentos técnicos do consumidor acerca do produto que está comprando ou do serviço que está contratando, o que o torna mais dependente do fornecedor, que

poderá, valendo-se de seus conhecimentos, facilmente enganá-lo quanto às características do produto ou serviço. Vulnerabilidade fática seria a desproporção entre as forças intelectuais e econômicas existentes entre consumidores e fornecedores, e vulnerabilidade jurídica, a típica falta de conhecimentos jurídicos específicos quanto à contabilidade, quanto à economia, nos contratos de empréstimo bancário e de financiamento.⁴⁴

Embora o alcance dado pela autora a cada uma das formas de vulnerabilidade por ela enumeradas pareça exageradamente marcado pelas convicções próprias da corrente finalista⁴⁵, a classificação apresentada permite, ao menos aos adeptos da corrente maximalista ou mesmo de uma corrente híbrida, concluir que todos os consumidores, em maior ou menor grau, são de fato vulneráveis se não em todas as categorias de vulnerabilidade apresentadas, ao menos em alguma delas.

Somente partindo do pressuposto de que o consumidor, por depender diretamente do fornecedor, é de alguma forma vulnerável e conseqüentemente a parte mais frágil da relação de consumo, é que se pode restabelecer o equilíbrio dessa relação jurídica. E, como assinala Luiz Antonio Rizzatto Nunes, “tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal”.⁴⁶

Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.⁴⁷

A vulnerabilidade justifica, portanto, a própria criação do CDC e de todas as normas de que é composto, as quais objetivam assegurar aos consumidores a observância de seus direitos básicos, garantir a qualidade, a segurança e a adequação dos produtos e serviços que lhes são disponibilizados no mercado de

⁴⁴ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p. 145.

⁴⁵ Sustenta a autora que a vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, seria exceção e não regra, pois que alcançaria somente o consumidor não-profissional. A vulnerabilidade jurídica, no mesmo sentido, seria característica apenas do consumidor não-profissional e do consumidor pessoa-física. Para os profissionais e pessoas jurídicas, a presunção seria oposta: de que devem ter conhecimentos jurídicos mínimos ou devem ao menos poder contratar advogados especializados para orientá-los.

⁴⁶ NUNES, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 106.

⁴⁷ MORAES, op. cit., p. 96.

consumo e a reparação integral dos danos por eles eventualmente suportados, caso tais preceitos não sejam observados. A vulnerabilidade explica também a proteção conferida aos consumidores no CDC contra práticas comerciais e contratuais desleais e a facilitação de seu acesso à justiça, em linhas gerais.

Para Claudia Lima Marques, contudo,

[...] vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.⁴⁸

Não obstante alguma discordância no que concerne ao princípio da vulnerabilidade ser causa ou conseqüência das normas contidas no CDC, parece certo que, para a imensa maioria dos doutrinadores, a vulnerabilidade está diretamente relacionada ao princípio da igualdade, que deve reger não só as relações jurídicas de consumo, mas toda a sorte de relação jurídica.

A vulnerabilidade do consumidor é, pois, prova concreta da desigualdade entre os sujeitos que compõem as relações de consumo e a razão para que o equilíbrio contratual seja restabelecido.

1.4.4 Princípio da boa-fé

Como salienta Márcio Mello Casado, “uma grande inovação do CDC, talvez a mais importante, foi, sem dúvida alguma, a inserção da regra geral sobre a boa-fé”.⁴⁹ Observe-se que foi no CDC que, pela primeira vez, a boa-fé foi positivada. Ela ali aparece estampada no artigo 4º, inciso III, ao lado do equilíbrio contratual, como princípio que deve guiar as relações firmadas entre consumidores e fornecedores, objetivando a harmonização dos interesses de ambos os agentes contratantes, e, posteriormente, no artigo 51, inciso IV, segundo o qual serão consideradas abusivas e conseqüentemente nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade.

⁴⁸ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p. 144.

⁴⁹ CASADO, Marcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**: de acordo com a medida provisória 1.925-8, que cria a cédula de crédito bancário, e a medida provisória 1.963-19, que autoriza a contagem de juros sobre juros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

Como visto, boa-fé contratual é princípio das relações de consumo que, como tal, agasalha circunstâncias diversas, atuando inclusive como balizador de decisões judiciais, na ausência de normas específicas aplicáveis ao caso concreto.

A boa-fé, enquanto princípio, não possui um conceito único, estanque. Tal princípio deve ser interpretado diante do caso concreto, já que se amolda a inúmeras situações dentro do universo jurídico, como o próprio conceito de princípio, já analisado, sugere. Não obstante, em linhas gerais, é possível dizer que boa-fé é dever de conduta imposto ao fornecedor de produtos e serviços e deve fazer-se presente em todas as relações obrigacionais, nas fases pré-contratual, contratual e mesmo pós-contratual.⁵⁰

Feitas essas primeiras observações, cabe esclarecer que boa-fé tem sido classificada pela doutrina como boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva diz respeito a elementos intrínsecos do indivíduo. É a crença particular do indivíduo, errônea ou não, de que está agindo corretamente diante de uma situação que lhe é posta; “corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica”.⁵¹ A boa-fé subjetiva, portanto, não presume o atuar em conformidade com a lei, com as regras e princípios em vigor, visto que pode estar amparada na ignorância, no desconhecimento do indivíduo quanto ao comportamento adequado ou cabível em face de determinada circunstância.

A boa-fé objetiva, por sua vez, guarda relação com elementos externos ao sujeito, com regras de conduta que lhe são moralmente impostas. É o dever de agir em conformidade com parâmetros sociais e culturais de lealdade, honestidade, integridade e fidelidade, respeitando os direitos e expectativas legítimas da outra parte, mantendo incólume o equilíbrio contratual. A boa-fé aludida no artigo 4º, inciso III, e no artigo 51, inciso IV, do CDC é, portanto, a boa-fé objetiva, que visa garantir “a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes”.⁵²

⁵⁰ Essa orientação encontra previsão no Código Civil de 2002, que, balizado nos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu em seu artigo 422 que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵¹ NOVAIS, op. cit., p. 72.

⁵² NUNES, **Curso de direito do consumidor**, p. 128.

E justamente por pretender realizar o interesse das partes e não somente do consumidor ou do fornecedor, é que a boa-fé deve permear a conduta de ambas as partes contratantes. Claudia Lima Marques atenta para o fato de que, consoante a nova teoria contratual, o princípio da boa-fé objetiva atua com funções distintas na formação e na execução das obrigações: “1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos e 3) na concreção e interpretação dos contratos”.⁵³

Como fonte de deveres especiais de conduta, a boa-fé cria deveres anexos àqueles contratualmente estipulados e atua na “determinação de outros deveres, que sejam com ela compatíveis e implementem a diretriz da solidariedade social, da qual o princípio do equilíbrio dos participantes da relação de consumo é decorrência”.⁵⁴

Como causa limitadora do exercício de direitos subjetivos, a boa-fé veda condutas desleais e a adoção de cláusulas contratuais consideradas abusivas, impondo ao fornecedor o dever de proceder contratual e extracontratualmente com lisura, sinceridade e cordialidade para com o consumidor.

No tocante à interpretação dos contratos, a boa-fé deve ser utilizada pelo intérprete ou pelo implementador da lei na solução de eventuais controvérsias e dúvidas oriundas do real sentido e alcance das cláusulas contratuais.

Em suma, pode-se dizer que a boa-fé é cláusula geral que atua como princípio fundamental para as relações jurídicas de consumo e demais relações obrigacionais, tendo por fundamento a manutenção do equilíbrio contratual e da segurança jurídica, visto que é por meio da boa-fé – seja ela objetiva, seja subjetiva – que as avenças serão firmadas, pois a autonomia da vontade, por si só, não mais possibilita a resolução equitativa e justa das lides negociais, fazendo com que o princípio do *pacta sunt servanda* seja relativizado em face da boa-fé contratual.⁵⁵

Todavia, apesar de correta a inclusão expressa da boa-fé como princípio fundamental da Política Nacional das Relações de Consumo no artigo 4º, inciso III, e

⁵³ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p.148.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 642.

⁵⁵ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 45-46.

como cláusula geral, no artigo 51 do CDC, inciso IV, trata-se de instituto que “deveria se exteriorizar espontaneamente pela natureza humana”.⁵⁶

Por fim, frise-se que, por possuir conteúdo valorativo, diretamente relacionado a fundamentos morais e éticos, a prova da boa-fé dos agentes contratantes torna-se tarefa árdua. Entretanto, para fins de aplicação do CDC, a boa-fé do consumidor, tal qual sua vulnerabilidade, é presumida, ainda que não prevista contratualmente na condição de cláusula geral.

1.4.5 Princípio da informação

A informação é provavelmente o princípio de maior relevância dentro do sistema jurídico de defesa do consumidor e que melhor reflete o espírito do legislador pátrio na redação das normas de que é composto o CDC.

O direito à informação, de que goza o consumidor por força do disposto no artigo 4º, inciso IV, do CDC, assegura-lhe o acesso a informações claras, precisas e objetivas sobre todas as características e propriedades do produto que está adquirindo ou do serviço que está contratando, evitando assim, entre outras mazelas, sua frustração, arrependimento pela contratação feita e a caracterização de vício na manifestação de vontade. Somente tendo acesso a todas as informações sobre os produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo o consumidor poderá exercer seu direito de escolha com liberdade e convicção, manifestando seu consentimento para com a contratação de maneira consciente, ponderada, após a devida reflexão, avaliando a conveniência e a conformidade do ajuste que lhe está sendo proposto diante de suas necessidades ou de seus anseios.

Parece lógico que as informações prestadas pelo fornecedor deverão obrigatoriamente ser verídicas, seguras e confiáveis, não só em atenção ao dever de informar – e informar aqui não se confunde com ludibriar ou iludir –, mas em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, que deve reger as relações jurídicas de consumo.

Deve ainda o consumidor ser informado não somente sobre a composição, a qualidade, a segurança, as propriedades e os riscos do produto ou serviço, mas também acerca dos direitos de que dispõe contratual e legalmente caso o produto ou serviço adquirido venha a frustrar suas legítimas expectativas. Para Antônio Carlos Efig, “à medida que a sociedade de consumo passa a ser informada, suas

⁵⁶ EFING, **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 110.

chances de defesa e obtenção de tutela aumentam em proporção igual ou superior”.⁵⁷

Ao direito do consumidor de ser informado corresponde, então, o dever do fornecedor de prestar as informações necessárias à sua escolha consciente. Em virtude do que dispõe o inciso III do artigo 6º do CDC, que trata dos direitos básicos dos consumidores, o fornecedor fica obrigado a prestar ao consumidor, de maneira clara e precisa, todas as informações relativas ao produto ou serviço que está ofertando, como suas características, qualidade, preço, riscos, etc., para que o consumidor saiba exatamente o que esperar do objeto de sua aquisição. E a omissão do fornecedor em atender a tal determinação legal, conforme adverte Hélio Zaguetto Gama, não constitui mera irregularidade.

É crime não especificar a quantidade do produto contido na embalagem; é crime não indicar, na embalagem ou nos folhetos que acompanham o produto, as suas características, a sua qualidade e a sua composição; é crime omitir informações sobre os riscos que os produtos ou serviços apresentam e é crime omitir o preço de cada produto.⁵⁸

Note-se que todas as informações devem ser repassadas ao consumidor antes mesmo de ser formalizada ou ajustada a aquisição do produto ou a prestação do serviço, ou seja, na fase pré-contratual.

A obrigação pré-contratual de informar tem como objetivo fornecer ao consumidor, futuro contratante, as informações capazes de exercer influência sobre o seu consentimento e sua decisão final, de tal forma que ele não teria concluído o contrato ou o teria concluído em condições mais favoráveis se as tivesse conhecido com antecedência.⁵⁹

Contudo a informação, ao contrário do que se poderia pensar, deve vigorar não apenas na fase pré-contratual, mas ao longo da execução do contrato. “O valor da informação de cunho pessoal deve emanar a todo momento das negociações, pois, a partir dela, nasce a confiança que, por sua vez, irradia a transparência que deve pautar as relações entre as partes”.⁶⁰

⁵⁷ EFING, **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 106.

⁵⁸ GAMA, op. cit., p. 47-48.

⁵⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 225.

⁶⁰ SCHIER, op. cit., p. 79.

Também aliado à informação está o princípio da transparência, previsto no *caput* do artigo 4º do CDC, que com ela de certa forma se confunde. A transparência, porém, impõe ao fornecedor o dever de informar com qualidade. A informação não pode traduzir-se como mero atendimento a um dever legal de conduta, mas deve atingir com eficácia o consumidor, exaurindo por completo todas as suas dúvidas e evitando sua frustração contratual.⁶¹

Com a imposição desses dois deveres, informação e transparência, o CDC inverteu a regra do *caveat emptor*, pela qual era o consumidor quem tinha de buscar as informações que desejasse sobre o produto ou serviço, trocando-a, então, pela regra do *caveat venditor*, que ordena justamente o contrário, isto é, cabe ao fornecedor dar cabal informação sobre o produto ou serviço.⁶²

Veja-se ainda que todas as informações suficientemente precisas em relação ao produto ou serviço apresentado, prestadas pelo fornecedor, virão, independentemente da forma como tenham sido divulgadas ao consumidor, a integrar o conteúdo do contrato caso ele opte pela contratação, como dispõe o CDC em seu artigo 30.

O princípio da informação tem ainda outro desdobramento bastante relevante: nenhuma condição sobre a qual não tenha sido prévia e devidamente informado o consumidor será capaz de obrigá-lo, nos exatos termos dispostos pelo artigo 46 do CDC.

1.5 AVANÇOS SOCIAIS VERIFICADOS APÓS A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A entrada em vigor do CDC, como visto, representou verdadeiro avanço na tutela dos direitos dos consumidores. Embora já amparados pelo Código Civil de 1916 e pelas demais normas à época aplicáveis às relações de consumo, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que tornou a promoção da proteção do consumidor dever do Estado enquanto garantia fundamental, erigiu a defesa do consumidor à categoria de princípio da ordem econômica e determinou a criação de um código de proteção e defesa dos consumidores – e com a edição da Lei n.º 8.078/90 os consumidores passaram a ser efetivamente protegidos e resguardados por normas expressas, elaboradas especificamente para tutelar as

⁶¹ EFING, **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 108.

⁶² NUNES, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 537.

relações de consumo e afastar o desequilíbrio que naturalmente macula essa sorte de relação jurídica.

A análise do diploma consumerista permite observar que suas regras e princípios, cuidadosamente redigidos, dirigem-se não apenas aos operadores do direito, mas fundamentalmente aos próprios consumidores. Repleto de conceitos bem definidos, compostos por termos claros, o CDC possibilita aos consumidores a correta interpretação de seus dispositivos e conseqüentemente a compreensão dos direitos que lhes são assegurados, orientando-os a atuar no mercado de consumo.

Nessa perspectiva, embora ainda carecedoras de atenção por parte dos fornecedores – que devem agir sempre com boa-fé, transparência e solidariedade perante os consumidores –, as relações de consumo sofreram visível melhora com a entrada em vigor do CDC, que trouxe mais segurança à sociedade de consumo.

É possível verificar que os consumidores tornaram-se significativamente mais exigentes em relação à qualidade dos produtos e serviços que lhes são ofertados e mesmo em relação às informações que lhes são prestadas por meio da oferta e nos rótulos e embalagens que acompanham os produtos. Se antes da edição do CDC os consumidores estavam habituados a fazer escolhas desprovidos das informações necessárias à orientação de seu convencimento, atualmente questões como a procedência, a forma de fabricação, a durabilidade, o modo de uso e os riscos dos produtos e serviços disponibilizados são fatores determinantes para a contratação.

Além disso, os consumidores estão cientes de todos os meios legais e processuais de responsabilização dos fornecedores por fato e vício de produtos e serviços e de ressarcimento integral dos danos que eventualmente venham a suportar. Os Juizados Especiais, as Delegacias do Consumidor e os Procons estão cada vez mais próximos dos consumidores, facilitando seu acesso e viabilizando a solução célere das controvérsias oriundas de relações jurídicas de consumo.

O consumo, em si considerado, também cresceu substancialmente, impulsionado por uma gama cada vez maior de produtos e serviços ofertados no mercado e principalmente pela facilidade com que o crédito chega hoje ao consumidor.

A par de tais fatos, os fornecedores vêm aprimorando a qualidade de produtos e serviços, buscando novas técnicas, aperfeiçoando os métodos de divulgação e as estratégias de *marketing* e com isso contribuindo para a organização do mercado.

Todos esses fatores, agregados, influenciam as relações sociais e mesmo a economia, visto que as relações de consumo, necessariamente remuneradas, são responsáveis pela circulação de capital e pelo acúmulo de riquezas no País.

E se a proteção ao consumidor é, antes de tudo, uma questão social que interessa a um só tempo à economia, à administração e ao direito⁶³, o estudo de sua evolução e de alguns de seus desdobramentos torna-se imperativo.

⁶³ Consoante lição de LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

2 OS CONTRATOS BANCÁRIOS E A REVISÃO CONTRATUAL

2.1. CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO

O conceito pós-moderno de contrato deve ser analisado à luz do pós-modernismo, movimento responsável por grandes e talvez pelas mais profundas mudanças verificadas na realidade social e econômica, com conseqüências diretas para o Direito. Carlyle Popp define o movimento nos seguintes termos:

Por pós-modernismo, pelo menos no campo do Direito, deve-se compreender uma revisão dos postulados clássicos oriundos do Estado Liberal e do Estado Social, onde se privilegia a confiança e a ética, com um renascimento da importância do ser humano. O pós-modernismo reflete uma crise, crise no Direito posto e como usualmente interpretado, convidando o intérprete a uma releitura do ordenamento jurídico em face da nova realidade social, compelindo-o a uma alteração na forma de pensar o Direito.⁶⁴

O pós-modernismo representou a substituição da visão patrimonialista, da contemplação dos bens materiais, da exaltação da propriedade, pela visão humanista, em que se privilegia o homem e seus interesses, seus valores, sua dignidade, valorizando-se a harmonização das relações sociais e também das relações contratuais.⁶⁵ “A ética; a confiança; a lealdade a moral objetiva; o respeito à palavra dada; enfim a boa-fé objetiva voltam (ou passam) a ser valores relevantes. Ao invés de se privilegiar o genérico, busca-se o específico, enquanto que a uniformidade cede lugar ao direito à diferença”.⁶⁶

A despatrimonialização dos direitos privados não representou, em nenhuma hipótese, o fim da tutela dos interesses econômicos, mas a revalorização da pessoa e dos direitos extrapatrimoniais a ela inerentes, como resultado da construção do pensamento voltado à conscientização da necessidade de promover a proteção dos indivíduos nas sociedades pós-industriais ou da informação, inclusive no aspecto de

⁶⁴ POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 86.

⁶⁵ Como bem observa Eroulths Cortiano Junior, em alusão ao momento histórico narrado, o direito privado contemporâneo revolta-se “contra as concepções que o colocavam como mero protetor de interesses. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”. (Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: FACHIN Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 33).

⁶⁶ Ibid., p. 87.

tutela transindividual dos interesses.⁶⁷ Essa despatrimonialização significa “a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça”.⁶⁸

Na esfera contratual, o pós-modernismo trouxe reflexos determinantes, disseminados por todas as formas de contratação, que incutiram nos contratantes a idéia de respeito mútuo; de dever de atuar com lealdade e transparência, prestando todas as informações relevantes à contratação; de zelo pela efetivação saudável do contrato de modo a torná-lo conveniente a ambas as partes segundo os seus interesses e os seus anseios, cumprindo com os deveres contratualmente assumidos e com as obrigações moralmente impostas pela sociedade.

Note-se que os contratos, muito embora devam, independentemente de sua natureza, de seu objeto e das partes contratantes, atender aos ditames do pós-modernismo, não assumiram uma única roupagem. Não se pode dizer que haja um único conceito de contrato ou um modelo-padrão de contratação que imprima a cada instrumento as mesmas características formais, a mesma estrutura ou as mesmas particularidades. Há, sim, contratos de naturezas diametralmente distintas, como os paritários e os de adesão, mas com algumas peculiaridades comuns e deveres legais impostos a todos: deveres de boa-fé, de equidade, de transparência e de busca pela satisfação dos interesses dos contratantes. Trata-se, pois, de valores erigidos à categoria de pressupostos fundamentais das relações contratuais, que revestem, corroboram e complementam direitos e deveres contratuais e extracontratuais que competem às partes contratantes.

Como propõe Paulo Nalin, “contrato, hoje, é relação complexa solidária. É esse o axioma proposto, a partir do qual todos os contratos, no campo de suas particularidades, devem guardar sincronia”.⁶⁹

É imprescindível, portanto, a toda sorte de contratação, que as partes atuem com solidariedade, com cooperação, não apenas no momento da formação do

⁶⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 17.

⁶⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 16.

⁶⁹ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 255.

contrato, mas durante toda a sua execução e também na fase pós-contratual, buscando a concretização dos fins objetivados.

Embora o atendimento aos pressupostos do conceito pós-moderno de contrato seja dever moral de conduta, cuja observância pode às vezes não trazer, em um primeiro momento, retorno imediato às partes contratantes, é preciso entender que o patrimonialismo deve ceder vez aos preceitos constitucionais, fruto do pós-modernismo, com vistas a um fim maior de justiça contratual e de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O mercado sempre vai almejar um contrato eminentemente patrimonialista, desprezando qualquer atenção a outros valores extrapatrimoniais envolvidos na relação, pois que tal reverteria em custo inútil. Cabe então à sociedade, como ápice da ordem jurídica brasileira, compatibilizar-se com a ordem constitucional vigente, considerando primeiramente o homem e seus valores existenciais, e depois os patrimoniais.⁷⁰ Somente com a adoção de nova mentalidade pela sociedade em relação aos princípios e pressupostos do cenário pós-moderno e à necessidade de observância de seus preceitos nas contratações diariamente firmadas é que o Direito poderá evoluir e dar de fato atendimento às novas diretrizes do pós-modernismo.

Como alerta Carlyle Popp,

[...] a conscientização desta nova realidade social que concede um *status* central ao ser humano; geradora de mais uma clara humanização das relações jurídicas, em especial as patrimoniais; revitalizadora da moral e da própria equidade; e a utilização de tais postulados será pressuposto para que o Direito possa evoluir e ultrapassar, finalmente, a seara clássica.⁷¹

Entendendo então que função social do contrato e solidariedade contratual constituem os verdadeiros pilares do conceito pós-moderno de contrato – os quais disseminaram suas luzes por sobre a Constituição Federal de 1988 e por todos os diplomas que a sucederam –, cabe analisar detidamente referidos institutos.

2.1.1 Função social dos contratos e solidariedade

As transformações políticas, econômicas e principalmente sociais verificadas nos séculos XIX e XX ensejaram, como visto, a intervenção do Estado nos pactos privados, à medida que já não se observava, nas contratações, pressupostos

⁷⁰ NALIN, op. cit., p. 256.

⁷¹ POPP, op. cit., p. 88.

essenciais capazes de garantir o equilíbrio das avenças. Antônio Carlos Efing explica o período histórico:

A igualdade formal no Estado Liberal e capitalista propiciou, somada às diferenças entre classes, a ocorrência de inúmeras desigualdades (substanciais). Além deste fato, o contrato do Estado liberal não prevaleceu sobre as mudanças sociais e principiológicas. A partir disto, observa-se que valores como autonomia da vontade deram lugar à autonomia privada e o contrato passa de apenas instrumento de troca que atendia exclusivamente aos interesses das partes, devendo obedecer a uma finalidade social. Isto é, não mais prevalece, como supremo, o individualismo e sim o interesse comum.⁷²

Surge assim a idéia da função social do contrato como forma de permitir a inclusão social. Nela, a função social do contrato legitima a limitação à liberdade de contratar, estabelecendo restrições aos efeitos do contrato sobre terceiros, sobre a sociedade e mesmo sobre as próprias partes, sempre com o objetivo maior de alcançar a justiça real – abandonando a busca pela justiça formal – e de transformar efetivamente a sociedade brasileira em uma sociedade mais solidária.

Não se trata fundamentalmente, como observa Eros Roberto Grau, de ruptura com o capitalismo, mas de adaptação e aprimoramento da atuação estatal no que tange à ordem econômica, que trouxeram imprescindíveis reflexos legislativos:

A introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinentes à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa – como venho afirmando – o desígnio de se aprimorar, tendo-se em vista a sua defesa. A ordem econômica (mundo do dever-ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição *social* que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico.⁷³

Foi, portanto, a Constituição Federal de 1988 o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social, mais preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado efetivamente solidário. A CF seria a garantia e ao mesmo tempo o limite de um direito privado construído à luz de seu sistema de valores, incluída aí a defesa do consumidor.⁷⁴

⁷² EFING, Antônio Carlos. Revisão Contratual no CDC e no CC. In: CONRADO, Marcelo (Org.) **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 56.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 58.

⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

Os reflexos da feição social da Constituição Federal de 1988 no direito privado pátrio podem ser extraídos da análise do texto legal do Código Civil de 2002 e também do Código de Defesa do Consumidor.

No CC, merece destaque a previsão contida no artigo 187, segundo a qual comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou pelo seu fim social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Há, porém, outra passagem que revela ainda mais nitidamente o cunho eminentemente social da Constituição Federal insculpido no Código Civil. Trata-se do artigo 421, que estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O CDC, em que pese não tratar especificamente da função social que todos os contratos de consumo devem observar, traz em seu conteúdo normas de interesse social, como a que estabelece o artigo 1º do diploma consumerista⁷⁵, porquanto elas não atendem somente aos interesses particulares das partes contratantes, mas aos interesses da sociedade como um todo. Nessa perspectiva, o CDC trouxe alterações profundas no que concerne ao comportamento imposto aos fornecedores em relação aos consumidores, orientando-os a atuar com transparência, sinceridade e boa-fé, respeitando os direitos básicos dos consumidores e sua dignidade, sob pena de, em assim não procedendo, sofrerem as sanções previstas no próprio CDC e também na legislação esparsa.

Assim, as leis de função social, como o CC vigente e o CDC, caracterizam-se por impor novos valores que devem orientar a sociedade em um determinado período e, nesse sentido, positivam uma série de direitos assegurados ao grupo que tutelam e impõem inúmeros novos deveres a outros agentes da sociedade, os quais podem e devem suportar tais ônus, como entende o legislador. Desse modo, são leis que nascem com a função de transformar uma realidade social, de conduzir, de guiar e dirigir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas contratuais.⁷⁶

E o aspecto social do direito privado, especificamente no que concerne às contratações, corresponde então ao dever das partes de atuar com boa-fé, lealdade,

⁷⁵ “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

⁷⁶ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 55.

observando o interesse da parte adversa quando da contratação e suas legítimas expectativas em relação ao cumprimento do contrato, bem como os reflexos que a contratação gera sobre terceiros.

O conceito de função social do contrato poderia ser traduzido, então, na finalidade pela qual o ordenamento jurídico visa a conferir aos contratantes medidas, mecanismos ou meios jurídicos capazes de coibir qualquer desigualdade ou disparidade entre as partes dentro da relação contratual⁷⁷ e também a propagação de efeitos negativos da contratação a terceiros não participantes da relação jurídica firmada.

Constitui, pois, o princípio da função social do contrato, verdadeiro limitador à autonomia da vontade, à liberdade de contratar, fixando restrições ao livre-arbítrio dos contratantes. Como ressalta Antônio Carlos Efiging, “este princípio, portanto, exerce a adequação de figuras contratuais à nova imagem da realidade econômica, social e jurídica”.⁷⁸

A autonomia da vontade das partes somente terá espaço se não afrontar os fins sociais e econômicos do contrato. Em havendo conflito entre a manifestação de vontade das partes e o interesse geral da sociedade, deverão os interesses contrapostos ser harmonizados para que se cumpra, assim, a função social do contrato, como esclarece Augusto Geraldo Teizen Júnior:

Enquanto não houver conflito entre o auto-regramento das partes e a consecução dos fins socioeconômicos do negócio jurídico, prevalecerá o conteúdo da manifestação de vontade e os efeitos jurídicos previstos, em abstrato, para o modelo jurídico. Quando, todavia, a prevalência do interesse público o determinar, o princípio da autonomia da vontade cederá terreno ao princípio da boa-fé objetiva, de modo a ser integralmente preservada a *função social* do contrato, entendida como um processo de harmonização dos interesses contrapostos, para garantia da justiça e da paz social.⁷⁹

Como se pode concluir, por se tratar de conceito vago, aberto, a delimitação da observância ou não da função social do contrato é de extrema dificuldade, e deverá ser determinada caso a caso. Além disso, a função social não é estanque, estagnada. Por abranger princípios sociais, morais e éticos que se modificam com o passar dos anos e de acordo com os valores que regem a sociedade em

⁷⁷ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 166.

⁷⁸ EFING, **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 230-231.

⁷⁹ TEIZEN JÚNIOR, op. cit., p. 164.

determinado período, a função social igualmente se transforma, a depender da época em que é analisada e do contexto social no qual está inserida. Aliás, como bem aponta Ricardo Bortolozzi, “a função social que se esperava do contrato no Estado liberal é consideravelmente diversa da que se espera no atual modelo de Estado, levando-se em conta diversos fatores de ordem moral, social e econômica”.⁸⁰

Para que o aplicador da norma possa então chegar à conclusão de que determinado contrato atende ou não a sua função social, deve ter em mente tão-somente o caso concreto em análise e os valores jurídicos e metajurídicos inerentes ao modelo social vigente no momento.⁸¹

Entremeia-se ao conceito de função social do contrato o conceito de solidariedade previsto no artigo 3º, inciso I, da CF, que prescreve, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Situado no limiar entre o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismus*), o dever de solidariedade equivale à observância do interesse do grupo, do conjunto social, do papel de cada um na vida em sociedade.⁸² Trata-se de um dever de cooperativismo, de respeito recíproco, de colaboração com o próximo, trazido pelo pós-modernismo e atualmente inserido na CF e em outros diplomas pátrios.

Função social corresponde então ao dever das partes de atuar dentro dos padrões vigentes de boa-fé e lealdade, dando atendimento ao interesse da parte adversa quando da celebração do contrato, e mesmo aos interesses da sociedade considerando-se que os efeitos do contrato não raras vezes atingem terceiros, ao passo que a solidariedade consiste num “dever ético que se impõe a todos os membros da sociedade, de assistência entre seus membros, na medida em que compõem um único todo social”.⁸³ Ambos os princípios devem permear as contratações, independentemente de se tratar de pacto regido pelo CC ou pelo CDC.

⁸⁰ BORTOLOZZI, Ricardo. O contrato de adesão e sua função social. In: EFING, Antônio Carlos (Org.) . **Direito das relações contratuais**. Curitiba: Juruá, 2005. v. 2. p. 116.

⁸¹ Id.

⁸² BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 27-28.

⁸³ NUNES, **Curso de direito do consumidor**, p. 33.

2.2 O DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Atualmente, a análise do sujeito de direitos que compõe determinada relação jurídica é de suma importância, visto que leis, e mesmo microssistemas, como o CDC, são criados especificamente para proteger seus direitos e interesses, formando o novo sistema do direito privado. Todavia, há inúmeras situações em que o mesmo indivíduo assume papéis distintos na sociedade, atuando ora como sujeito civil, ora como empresário, ora como consumidor, dificultando a determinação do diploma legal que deverá reger a relação jurídica por ele firmada.

Aliado a isso, o vasto campo de abrangência da maior parte dos diplomas pátrios, e especialmente do CC e do CDC, torna ainda mais comum a colisão de leis a demandar solução.

Como oportunamente esclarecido, o conflito de regras, em um primeiro momento, acarreta a necessária exclusão de uma delas do ordenamento jurídico, porquanto somente uma das regras conflitantes prevalecerá e será aplicada.

Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o CDC de 1990, e uma lei posterior, como o novo CC de 2002, estariam em 'conflito': daí a necessária 'solução' do 'conflito' através da prevalência de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão da outra do sistema (ab-rogação, derrogação, revogação).⁸⁴

Porém, essa não tem sido a solução adotada pela doutrina moderna, tampouco pelos tribunais pátrios. Verifica-se hoje a possibilidade de adequação das regras conflitantes e de coexistência de ambas por meio de um diálogo de subsidiariedade ou de complementaridade. Claudia Lima Marques analisa esse fenômeno e o conceito da expressão "diálogo das fontes":

A bela expressão de Erik Jayme, hoje consagrada no Brasil, alerta-nos de que os tempos pós-modernos não mais permitem esse tipo de clareza ou de "mono-solução". A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja o art. 2.043 do novo Código Civil). Há convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes (no que se refere

⁸⁴ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 88.

aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico, há um “diálogo das fontes” especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto.⁸⁵

O que se observa, portanto, é que ainda que determinada regra do CDC fosse frontalmente conflitante com alguma norma do CC, não se poderia meramente excluir do ordenamento jurídico a norma consumerista ou a norma civilista colidente.

Ainda que as normas que integram o CDC pertençam a um sistema de caráter expressamente coletivo, plural, e as normas do CC tenham uma dimensão estritamente individual, a exclusão do ordenamento jurídico da norma civilista conflitante certamente não se mostraria a solução mais adequada.

É necessário que na relação entre os referidos diplomas haja harmonia, consenso, consonância, como leciona Antônio Carlos Efiging:

O CDC (microsistema das relações de consumo) regula as relações de consumo e equiparadas, sendo preventivo e coletivo, e o CC/2002 (macrossistema de direito privado) tutela a realidade individual (as relações civis de forma geral) e sendo preventivo ao citar, como já mencionado, a boa-fé ou a função social do contrato, por exemplo.

Portanto, de extrema importância se apresenta o diálogo dos diplomas legais (CDC e CC/2002). Isto porque o último não exclui a aplicação do primeiro, mas sim é complementar ou acessório nas disciplinas em que guarda competência. Indo além, a ocorrência de diálogos parece-nos tendência da ciência jurídica.⁸⁶

Assim, para definir qual lei regulará determinada relação jurídica, torna-se necessário avaliar não apenas o tipo de relação, mas principalmente os sujeitos que a compõem, na medida em que contratos civis puros, nos quais se presume igualdade entre as partes, serão regulados prioritariamente pelo CC; já sobre contratos de consumo firmados entre consumidor e fornecedor, tendo por objeto a aquisição de produto ou a prestação de serviço, pressuposta a vulnerabilidade do consumidor – parte mais fraca das relações de consumo –, incidirá prioritariamente o CDC e subsidiariamente o CC.

Por oportuno, esclarece-se que o próprio artigo 7º do CDC, por exemplo, ao estabelecer que os direitos ali previstos não excluem outros eventualmente decorrentes de tratados e convenções internacionais, da legislação ordinária, de regulamentos expedidos por autoridades administrativas ou derivados de princípios gerais do direito – analogia, costumes e equidade –, permite entender que as

⁸⁵ Ibid., p. 89.

⁸⁶ EFING, op. cit., p. 42.

normas consumeristas podem ser encontradas também em outros diplomas e que, caso sejam mais favoráveis aos direitos do consumidor, de acordo com o próprio CDC e com a CF, deverão incidir imperativamente.

Visualiza-se, assim, o diálogo entre as duas leis: esgota-se, primeiramente, a aplicação do CDC – que apesar de lei especial, não é nem poderia ser exauriente –, para posteriormente, caso necessário, aplicar conjunta e subsidiariamente a outra lei, no que couber. É o que explica Claudia Lima Marques:

Os microssistemas, geralmente, tratam exaustivamente de um tema, regulam exclusivamente um tipo de contrato ou regulam as relações jurídicas de um grupo social, como os consumidores. Neste sentido, o CDC é lei especial das relações de consumo, mas não é exaustiva ou com pretensão de completude, como demonstra claramente o art. 7º do CDC. Nas suas lacunas, naquilo que a lei especial não define, o sistema geral é chamado a regular – assim é o diálogo sistemático normal entre a lei geral e a lei especial, que de tão normal sequer nos damos conta.⁸⁷

Registre-se, contudo, que o diálogo de complementaridade e de subsidiariedade por meio do qual uma lei complementa a aplicação de outra, incluídos aí seus princípios, não se limita a uma única forma possível entre o CC e o CDC.

Consoante esclarece a doutrinadora Claudia Lima Marques, há outras duas formas possíveis de diálogo:

[...] na aplicação simultânea de duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade.⁸⁸

É ainda possível o diálogo de coordenação e adaptação sistemática, no qual se verificam influências recíprocas sistemáticas ou a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, como, por exemplo, no caso de redefinição do campo de aplicação de uma lei.⁸⁹

Subjetivamente, resta claro que as relações de consumo permanecem regidas pelo CDC enquanto lei especial. Todavia, materialmente, a convergência entre os dois diplomas legais, CDC e CC, pode ocorrer por meio do diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade ou do diálogo sistemático de

⁸⁷ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p. 50.

⁸⁸ Ibid., p. 30.

⁸⁹ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p. 31.

coerência ou do diálogo de coordenação e adaptação sistemática, mesmo no que tange à modificação dos contratos.

2.3 CONTRATOS BANCÁRIOS

De acordo com o que preceitua o artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC, “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”.

Nesse sentido, a contratação de serviços de natureza bancária, enquanto contrato de consumo, sujeita-se às normas do CDC.

Em que pese as inúmeras discussões, desde a entrada em vigor do CDC, acerca da legalidade e mesmo da constitucionalidade da sujeição das instituições financeiras ao código consumerista, a questão foi definitivamente resolvida com o julgamento da ADIn 2.591 pelo Supremo Tribunal Federal em 07 de junho de 2006, que “não apenas com ciência, mas com sabedoria, arte, prática e visão profética”⁹⁰, considerou plenamente constitucional o artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC e, conseqüentemente, sua aplicação aos bancos, financeiras, seguradoras e administradoras de cartões de crédito.

Contudo, ao contrário do que se poderia pensar, o CDC não projeta suas luzes por sobre a totalidade das contratações que tenham por objeto a prestação de serviços de natureza bancária. Não são todas as operações bancárias regidas pelo Direito do Consumidor, haja vista que parte delas é efetuada entre banco e banco ou entre bancos e instituições governamentais de controle.⁹¹

Nessa perspectiva, importam ao presente estudo somente as atividades de natureza bancária prestadas pelos bancos aos consumidores, isto é, aquelas que configuram típicas relações de consumo e, destarte, são amparadas pelo CDC.

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima. Considerações finais. A vitória de todos nós! In: MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos**: ADIn 2.591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 365.

⁹¹ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. Colaboração: Mariano Souto de Oliveira Giuberti, Odilon Castello Borges Neto, Úrsula Santos de Ávila Goulart. **Contratos bancários**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 50.

As atividades de natureza bancária são celebradas entre dois sujeitos bastante claros: uma das partes do contrato será necessariamente um banco, como ressalta claro da própria denominação dos contratos bancários, e a outra parte um consumidor interessado em receber certo crédito ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica, de acordo com as definições do CDC.⁹²

Já oportunamente analisado o conceito de consumidor, cabe avaliar a definição de banco. Consoante a lição do doutrinador Nelson Abrão, “banco é: a) uma organização empresária; b) que se utiliza de recursos monetários próprios, ou de terceiros; c) na atividade creditícia (toma e dá emprestado)”.⁹³

Os bancos, enquanto instituições financeiras, também foram legalmente conceituados no artigo 17 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964

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

O objeto dos contratos bancários será sempre o crédito, atuando o banco como movimentador de valores, ensejando a circulação de riqueza e possibilitando a produção e a aquisição de outros bens para proveito geral da sociedade.⁹⁴

Da união dos elementos mencionados é possível extrair o conceito de contrato bancário ou, na definição do doutrinador Nelson Abrão, de operação bancária, dividida em dois aspectos: econômico e jurídico.

Economicamente, há que se considerar a prestação de serviços no setor creditício que redunde em proveito tanto para o banco, como para o cliente. Juridicamente, a operação bancária, para se ultimar, depende de um acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual se diz que se insere no campo contratual.⁹⁵

A relevância dos contratos bancários, contudo, não reside na especificidade ou na peculiaridade dos elementos que os compõem, mas nos contornos que adquiriram ao longo dos anos e na magnitude que assumiram na sociedade moderna.

⁹² Ibid., p. 57.

⁹³ ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 10. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.

⁹⁴ SCHONBLUM, op. cit., p. 57-58.

⁹⁵ SCHONBLUM, op. cit., p. 53.

A mobilização dos recursos, as respectivas aplicações e o direcionamento das importâncias para uma pulverização acentuada explicam em parte a relevância social que identifica as instituições financeiras, donde subministra a preponderância do público sobre o privado, nessa multissecular relação diagnosticada entre o consumidor e a atividade desenvolvida pelo banqueiro.⁹⁶

Não tem, porém, relevância apenas social a atividade bancária. A prestação de serviços de natureza bancária assumiu na sociedade contemporânea o caráter de atividade indispensável a qualquer cidadão, mormente às empresas. E justamente essa relação de dependência para com os serviços bancários é que coloca os consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, em situação de vulnerabilidade extrema em relação às instituições financeiras.

Acrescente-se a isso o fato de que se os contratos bancários – e conseqüentemente as atividades de natureza bancária de modo geral – só podem ser ofertados por instituições financeiras, os consumidores não têm a quem recorrer senão aos próprios bancos na busca pelo crédito.

O fenômeno descrito pode ser resumido na expressão “bancarização”, trazida do direito norte-americano por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, e explicado por James Marins:

Nas sociedades massificadas ocidentais a submissão ao sistema bancário é quase compulsória. Em verdade, poucos são aqueles que vivem à margem dos sistemas bancários e, quando isso acontece, não raro tal situação significa estar à margem da própria sociedade. Nas relações bancárias interempresariais, o fenômeno da “bancarização” atinge proporções ainda mais significativas, se se considerar que a atividade produtiva, hoje, somente se concretiza à sombra do sistema bancário, seja nas operações de cobrança, pagamento, incluindo a obtenção de recursos para investimento, capital de giro, ou até mesmo a própria sobrevivência da empresa, o que levaria, por assim dizer, à existência de uma específica vulnerabilidade empresarial no plano das relações bancárias, sobretudo tendo-se em vista que tais contratações sempre se enquadram como típico contrato de adesão.⁹⁷

Muito embora a sujeição dos consumidores aos contratos bancários, por si só, já seja capaz de denotar sua condição de específica vulnerabilidade em relação às instituições financeiras, cabe também lembrar que tais contratos, em sua irrefutável maioria, consistem em típicos pactos de adesão textualmente conceituados no artigo 54 do CDC como o contrato “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou

⁹⁶ Ibid., p. 21.

⁹⁷ MARINS, James. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, p. 100-101, 1996.

serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Como a prática comprova, os contratos bancários geralmente são apresentados aos consumidores por meio de formulários padronizados, com elevado número de cláusulas elaboradas unilateralmente pela instituição financeira, contendo, de antemão, informações como taxas de juros, índice de correção monetária, percentual e condições de incidência de multas, cabendo ao consumidor, parte aderente, o preenchimento de não mais que seu nome e outros dados pessoais.

As circunstâncias que cercam essa sorte de contratação e a conjuntura na qual tais contratos são firmados são descritas com riqueza de detalhes por Antônio Carlos Efiging:

Normalmente, o consumidor, quando procura um estabelecimento de crédito, pretendendo a contratação de qualquer serviço ou obtenção de financiamento, o faz por necessitar muito do crédito pretendido.

Nesta situação, não pode se dar ao luxo de discutir as cláusulas da avença, especialmente quando o banco fornecedor já apresenta o instrumento contratual elaborado, restando ao consumidor aderir a ele ou não. O fato de o consumidor aderir a este contrato não significa que tenha tomado conhecimento integral do seu conteúdo, nem que esteja de acordo com as cláusulas ajustadas.⁹⁸

Aliás, na maior parte das vezes, nem sequer é dado ao consumidor ler com a devida atenção, antes de assinar o instrumento contratual, o seu conteúdo integral para que possa tomar ciência das cláusulas e condições às quais está se comprometendo.

Diante disso, é afastado o dogma da liberdade contratual por ser impossível admitir como livremente celebrado um contrato no qual uma das partes tem todos os elementos ao seu lado, restando à outra parte apenas concordar com as condições que lhe são impostas, até por questão de absoluta necessidade.

Não é possível, por conseguinte, focar os contratos de adesão segundo os parâmetros que alicerçam a consagração do contrato como emanção da liberdade individual. Como resultado direto da ausência de informação, de transparência, não raras vezes de boa-fé das instituições financeiras e mesmo de legítima manifestação

⁹⁸ EFING, **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**, p. 172-173.

de vontade do consumidor, os contratos bancários, quando não rescindidos, terão sua execução condicionada à modificação ou à revisão de seu conteúdo.

2.4 MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS POR MEIO DE REVISÃO CONTRATUAL

Rogério Ferraz Donnini leciona:

[...] no direito clássico, a liberdade de contratar, a força obrigatória dos contratos e os efeitos destes vinculando apenas os contratantes (princípio da relatividade dos contratos) representam os principais fundamentos da teoria clássica dos contratos, em que se dão a oferta e a aceitação, o livre consentimento e a igualdade formal dos contratantes. É o chamado modelo liberal.⁹⁹

Como norte das relações contratuais, o princípio da autonomia da vontade durante o liberalismo regia, de modo geral, todas as contratações, possibilitando às partes contratantes a estipulação das cláusulas e condições que melhor lhes conviessem, de acordo com seus mútuos interesses. Desse modo, no modelo liberal o conceito de contrato estava diretamente relacionado ao conceito de justo, como esclarece Enzo Roppo:

Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contratantes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica [...] justamente nessa igualdade de posições jurídico-formais entre os contratantes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones de justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer <<contratual>> equivale a dizer <<justo>> [...].¹⁰⁰

Uma vez formalizada a contratação, o adimplemento das obrigações ajustadas tornava-se obrigatório em atenção à segurança jurídica que deveria guiar as relações contratuais e, conseqüentemente, as relações sociais de modo geral. Trata-se da máxima *pacta sunt servanda*, que se traduzia no engessamento da

⁹⁹ DONINNI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

¹⁰⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 35.

vontade manifestada no momento da feitura do contrato, desprezando o fato de que a maior parte da relação contratual obrigacional se desenvolve, ao menos nos contratos de trato sucessivo, após a emanção volitiva de ambas as partes. Assim, a menos que as partes espontaneamente ajustassem outras condições, externalizando outra vontade, estariam escravizadas a um momento já passado.¹⁰¹

O ajuste visando à modificação do que fora anteriormente contratado dependia, por sua vez, da insatisfação de ambas as partes em relação ao adimplemento das obrigações assumidas ou da boa vontade de uma das partes em aceitar a modificação do contrato a fim de tornar seu cumprimento viável ou possível à parte contrária, preservando-se então o vínculo contratual.

Tal sorte de conformação contratual, como se pode imaginar, não ocorria com a freqüência conveniente, uma vez que a pretensa modificação do contrato, em vez de resultar em sua manutenção, não raro cedia vez à sua resolução, em razão da inexistência de solidariedade entre as partes e de mútuas concessões.

Somente durante o primeiro Pós-Guerra, principalmente com a Constituição mexicana e depois com a Constituição de Weimar, as conseqüências das conquistas sociais começaram a trazer reflexos ao ordenamento jurídico. Aos poucos a falsa idéia de comutatividade contratual, de perfeita moderação entre a vontade das partes contratantes e de necessidade de absoluta vinculação dos atos de vontade emanados das partes dão espaço à idéia de equilíbrio contratual, de ponderação de interesses, surgindo daí a tentativa de, estreitando-se o campo de atuação da autonomia da vontade e limitando-se a obrigatoriedade do contrato, mitigar as diferenças que despontam por ocasião da sua elaboração.¹⁰²

O referido modelo liberal não mais atendia aos anseios da sociedade, e a interferência do Estado nas relações contratuais mostrou-se imperativa. Porém, independentemente do aspecto em que se abordem as transformações contratuais verificadas nos últimos séculos, fato é que o direito clássico, na forma como concebido, não mais se presta a justificar a manutenção de cláusulas contratuais divorciadas de noções mínimas de integridade e justiça:

Não se pode mais admitir que uma relação contratual iníqua, celebrada com ausência de boa-fé e com prestações desproporcionais suportadas por uma das partes, seja considerada válida, sob o argumento de que existe a autonomia privada e as partes são livres para contratar. Aliás, há muito

¹⁰¹ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24.

¹⁰² Ibid., p. 28-29.

tempo que esse modelo liberal de contrato causa perplexidade àqueles que buscam a justiça, pois situações absolutamente desiguais e desproporcionais, que causavam prejuízos a um dos contratantes, eram consideradas legais, embora evidentemente imorais.¹⁰³

Note-se que inúmeras circunstâncias podem tornar desigual o contrato e ensejar sua modificação. São consideradas causas que o atingem e tornam necessária a sua revisão não apenas os vícios da vontade, mas também circunstâncias que acabam por modificar as legítimas expectativas que os contratantes depositam no pacto, onerando-o consideravelmente ou tornando desproporcional o seu cumprimento.¹⁰⁴

Para que então possa ser evitada ausência de equidade na relação jurídica contratual é que a modificação das condições contratuais assume relevância e se torna instrumento para a consecução do ideal de justiça. A cláusula *rebus sic stantibus*, nesse diapasão, presta-se justamente à compatibilização entre a força obrigatória dos contratos e a comutatividade contratual.¹⁰⁵ Assim, segundo o brocardo, o vínculo obrigatório do contrato só encontra justificativa na manutenção das exatas condições vigentes à época da contratação. Se as condições presentes quando da estipulação do contrato houverem por qualquer razão se alterado, a força obrigatória do contrato, que vincula as partes ao seu integral adimplemento, perde a razão de ser.

Desaparecendo, pois, o estado anterior das coisas segundo o qual foi ajustada a contratação, a modificação das obrigações assumidas torna-se forçosa a fim de possibilitar o desenvolvimento justo e profícuo do contrato.

Como conclui Luís Renato Ferreira da Silva,

[...] é só por meio de uma revisão do conceito, à luz da moderna doutrina privatística, que será possível encarar-se a autonomia da vontade como um poder-função, no sentido de ser direcionado a fins de interesse geral, com o que se minora a força da vontade individual em prol da comunidade, alcançando-se um parâmetro de justiça comutativa até então olvidado.¹⁰⁶

Não se pode dizer que a autonomia da vontade tenha sido extirpada dos contratos hodiernos, mesmo porque ainda cabe às partes optar por contratar ou não

¹⁰³ DONINNI, A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, p. 6.

¹⁰⁴ SILVA, Luís Renato Ferreira da, op. cit., p. 34.

¹⁰⁵ DONINNI, op. cit., p. 13.

¹⁰⁶ SILVA, Luís Renato Ferreira da, op. cit., p. 39.

contratar, optar pela outra parte contratante e definir o objeto da contratação¹⁰⁷, ainda que com severas restrições no que concerne especificamente aos contratos de adesão, como os contratos bancários. A autonomia da vontade, porém, foi visivelmente mitigada e hoje encontra limites não só na legislação em vigor, mas na hermenêutica jurídica e na própria atuação dos julgadores.

Destarte, a revisão contratual ganhou amparo no ordenamento jurídico pátrio, não sempre de forma expressa mas ao menos tacitamente, visto que não vedou ao legislador textualmente, em qualquer dispositivo legal, a possibilidade de modificar contratos.

Ao presente trabalho mostra-se relevante a análise da modificação contratual consoante os termos do CC, bem como do CDC, a partir das teorias que inspiram cada um dos referidos diplomas e suas conseqüências práticas.

2.5 RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR EXCESSIVA ONEROSIDADE NO CÓDIGO CIVIL

Sobre resolução por onerosidade excessiva, o artigo 478 do CC dispõe o que segue:

[...] nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

O Código Civil de 2002 trouxe do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988 inúmeros preceitos, permitindo então, com fundamento nos princípios da boa-fé e da equidade e, sobretudo, na fraqueza ou vulnerabilidade do devedor, que, diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que tenham tornado excessivamente oneroso o contrato, possa ele pedir sua resolução, ou seja, a dissolução do vínculo obrigacional.¹⁰⁸

Antônio Carlos Efig, ao analisar referido dispositivo legal, observa:

¹⁰⁷ EFING, **Contratos e procedimento bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**, p. 94.

¹⁰⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. Tutela contratual no novo Código Civil em face do Código de Defesa do Consumidor. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coords.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 124.

Interessante a determinação do legislador, em que se observa de forma expressa que o pedido de resolução do contrato é possível apenas naqueles de execução continuada ou diferida. Em verdade, a possibilidade de revisão ou mesmo de resolução do contrato são conseqüências desta classificação, já que o inverso (os contratos de execução instantânea) não apresenta a possibilidade de, na execução de uma prestação futura, qualquer prestação tornar-se excessivamente onerosa e, principalmente, por um fato imprevisível.¹⁰⁹

Como visto, além, de aproveitar somente aos contratos de longa duração, de execução continuada ou diferida, o disposto no artigo 478 do CC, ora em análise, requer para sua aplicação

[...] que tenham ocorrido alterações significativas das condições econômicas do devedor, comparando-se o momento da celebração e o da execução, de tal modo a tornar sua prestação desequilibrada em seu desfavor. A dizer, a base do negócio foi modificada em tal amplitude, que já não mais representa a equação formada quando da celebração.¹¹⁰

Outros requisitos são ainda imprescindíveis à resolução dos contratos, consoante o mesmo artigo 478 do CC:

a) a onerosidade excessiva da prestação para uma das partes, impossibilitando ou dificultando sobremodo o seu adimplemento, b) que tenha ocorrido benefício exagerado para a parte credora, caracterizando enriquecimento sem causa, contrário à ordem pública e à função social do contrato (art. 421), posto que, na nova ordem não se permite a exploração de uma parte pela outra e c) os acontecimentos que causaram o desequilíbrio nas prestações e a onerosidade excessiva devem ser imprevisíveis e extraordinários, a dizer, que não tenham sido previstos pelas partes, em face de sua anormalidade. Não basta que sejam supervenientes; devem ser imprevisíveis e extraordinários, o que conduz à conclusão de que o novo Código Civil adotou a teoria da imprevisão para justificar a resolução contratual por onerosidade excessiva.¹¹¹

Não obstante a divergência doutrinária e mesmo jurisprudencial acerca da possibilidade de revisão contratual pelo CC, alguns autores¹¹² sustentam que não apenas a resolução é permitida, pois que, a pedido do devedor, o Judiciário também pode rever o contrato, adequando suas cláusulas de modo a afastar a onerosidade excessiva imposta ao devedor e o enriquecimento ilícito alcançado pelo credor.

¹⁰⁹ EFING, Revisão Contratual no CDC e no CC, p.78-79.

¹¹⁰ ALMEIDA, João Batista de. Resolução e revisão dos contratos. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 233-234.

¹¹¹ ALMEIDA, op. cit., p. 234.

¹¹² Como João Batista de Almeida, Maria Helena Diniz e Nelson Nery Junior.

Trata-se da aplicação do argumento de quem pode o mais (resolução), pode o menos (revisão), com o que se busca, a um só tempo, a conservação dos contratos e o restabelecimento do equilíbrio das prestações. De fato, se a lei permite a resolução do contrato, que tem a força de extingui-lo, porque não poderia permitir a sua sobrevivência, após revisão e expurgo dos fatores e causas do desequilíbrio da prestação do devedor?¹¹³

A revisão contratual no CC ainda encontra respaldo “na incidência concomitante das cláusulas gerais da função social do contrato (CC 421), da boa-fé objetiva (CC 422) e da base objetiva do negócio (CC 422)”.¹¹⁴

Por fim, a possibilidade de revisão contratual, mesmo nos contratos regidos pelo CC, também encontraria fundamento no artigo 317 de tal diploma, que, ao tratar do adimplemento e da extinção das obrigações, estabelece: “[...] quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Registre-se que pelo CC teriam de ser observados na revisão contratual os mesmos requisitos estabelecidos para a resolução contratual: onerosidade excessiva da prestação a uma das partes; vantagem exagerada à parte contrária e imprevisibilidade e extraordinariedade dos acontecimentos geradores do desequilíbrio contratual.

Por sua vez, o artigo 479 do CC trata da possibilidade de revisão contratual condicionada à anuência do réu, nos seguintes termos: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato”.

Em que pese dispor o credor da oportunidade de a qualquer momento, em reconhecendo a excessiva onerosidade que recai sobre o devedor, proceder à revisão das cláusulas contratuais na esfera extrajudicial, a hipótese que se vislumbra é a da existência de uma ação de resolução contratual em curso, na qual o réu sinaliza a possibilidade de modificação das condições excessivamente onerosas, daí resultando não a resolução, mas a mera revisão contratual.

Após oferecer solução para sanar a onerosidade contratual excessiva já verificada, causadora do desequilíbrio, o legislador sugere formas de evitar que também o adimplemento do contrato se torne excessivamente oneroso ao devedor,

¹¹³ ALMEIDA, op. cit., p. 235.

¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 15 de junho de 2005. 3. ed. rev., atual. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 478.

permitindo que este – antes mesmo que o cumprimento da obrigação se torne demasiadamente custoso – pleiteie a redução de sua prestação ou a modificação da forma de executá-la. É o que autoriza o artigo 480 do CC, ao dispor que “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Embora não haja nesse dispositivo menção expressa a todos os requisitos necessários à sua aplicação, entende-se que é admissível presumir a iminência de onerosidade excessiva “sem a exigência de que tenha decorrido de fatos extraordinários e imprevisíveis, pois, do contrário, o dispositivo teria feito remissão ao art. 478”.¹¹⁵

Faz-se necessário também o pedido judicial de revisão do contrato, visando-se a evitar a onerosidade excessiva, seja por meio da redução da prestação, seja por meio da alteração de seu modo de execução. E, finalmente, “essa forma de revisão não contempla os contratos comutativos, posto que, nesse caso, as prestações cabem a ambas as partes contratantes e não apenas a uma delas. Para os comutativos aplica-se o art. 478, tanto para a resolução, como para a revisão”.¹¹⁶ Por se tratarem os contratos bancários de contratos comutativos, pode-se presumir que o artigo 480 não se aplica às contratações firmadas entre instituições financeiras e consumidores.

Cabe ainda esclarecer que, especificamente no tocante aos contratos bancários, a resolução contratual – ou mesmo a revisão contratual, como entendem alguns autores¹¹⁷ –, da forma como prevista no CC, somente se aplica às contratações bancárias firmadas entre bancos ou entre banco e instituições governamentais de controle, como classifica o autor Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum¹¹⁸. Aos contratos bancários firmados entre bancos e consumidores será possível sua modificação ou revisão, de acordo com os ditames do CDC, como será visto adiante.

E apesar de o CC não reger contratos bancários celebrados entre instituições financeiras e consumidores, seus dispositivos em muito se assemelham às normas contidas no CDC no tocante à modificação dos contratos, visto que nelas baseados,

¹¹⁵ ALMEIDA, op. cit., p. 238.

¹¹⁶ ALMEIDA, op. cit., p. 238.

¹¹⁷ Vide nota 112.

¹¹⁸ SCHONBLUM, op. cit., p. 50.

mormente se considerada a possibilidade de revisão contratual com base no CC, tornando semelhantes em certos aspectos os efeitos práticos da aplicação de um ou outro diploma, devendo-se considerar, porém, as peculiaridades que caracterizam a teoria da imprevisão, recepcionada exclusivamente pelo CC.

2.5.1 Teoria da imprevisão

Conforme já analisado, a teoria liberal sofreu inúmeras transformações no final do século XIX. A autonomia da vontade e a liberdade contratual passaram a inviabilizar a igualdade de condições, fazendo com que o Estado interviesse a fim de restabelecer o equilíbrio nas contratações.

Não obstante a relevância do aspecto econômico das contratações, o respeito à dignidade humana assumiu papel de destaque, levando o Estado a interferir na modificação de um contrato materialmente injusto. Como analisa o autor Alcio Manoel de Sousa Figueiredo:

Assim, ocorreu uma limitação à liberdade de contratar, mediante a intervenção do Estado no trânsito jurídico, para atender os anseios sociais e econômicos e evitar abusos e injustiças nas relações contratuais, assegurando o equilíbrio entre as partes contratantes, pela revisão do contrato pelo juiz e sua adequação no meio social, de conformidade com as circunstâncias e com fundamento em princípios do direito, entre eles a boa-fé, o equilíbrio contratual, a comutatividade das prestações, a proteção da parte mais fraca da relação contratual, o interesse público e coletivo, a função social do contrato, entre outros.¹¹⁹

Nesse contexto, surgiu a teoria da imprevisão, da necessidade de ajustar o adimplemento de condições contratuais já acordadas a fatos supervenientes que houvessem ocasionado o desequilíbrio do contrato:

A teoria da imprevisão foi a fórmula encontrada pelos juristas do pós-guerra para tentar acomodar situações excepcionais que afetavam as relações contratuais. Nada obstante a rigidez e o enraizamento do princípio *pacta sunt servanda*, que exigia a manutenção do contrato firmado, vez que fora feito para ser cumprido, começaram os juristas do fim do século XIX, início do século XX, a formular teses que tentavam conciliar o pacto a ser adimplido com as circunstâncias supervenientes. A denominada teoria da imprevisão vem a ser a elaboração técnica mais aceita para, dentro dos moldes da contratualística clássica, adaptar o contrato a eventos futuros e imprevisíveis que afetem a estrutura negocial.¹²⁰

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 55-56.

¹²⁰ SILVA, Luís Renato Ferreira da, op. cit., p. 97.

Há inúmeras teorias que, tratando da revisão contratual, explicam a origem da teoria da imprevisão e fundamentam sua aplicação. Após realizar aprofundado estudo sobre as principais teorias, Alcio Manoel de Sousa Figueiredo sintetiza:

Da análise das principais teorias que fundamentam a revisão contratual, observa-se uma série de conceitos que buscam a validade e a justificação da teoria da imprevisão, tais como: a vontade, a moral, a justiça, a boa-fé, a eqüidade, a comutatividade das prestações, entre outros. De nossa parte, pensa-se que a revisão contratual não pode ser reduzida a um único fator, mas em todos os conceitos supra, justificando-se sua aplicação tanto no fundamento moral como no fundamento jurídico, haja vista que, em quaisquer das hipóteses, ambos os fundamentos condenam o rigor excessivo, na hipótese de desequilíbrio contratual, oriundo de fatos ou acontecimentos supervenientes e imprevisíveis, originando prejuízos ou lucros excessivos às partes contratantes.¹²¹

A teoria da imprevisão visa à correção de injustiças, à manutenção da comutatividade contratual ou, como melhor interpreta Antônio Carlos Efiging, à restauração do estado de origem das partes.¹²² Isso porque nem sempre a teoria da imprevisão ensejará a mera revisão do contrato e a conseqüente manutenção da avença existente, pois poderá também acarretar o seu rompimento. O ideal é, portanto, que os interesses das partes quando da contratação sejam mantidos, seja por meio do rompimento do contrato, retornando as partes ao seu estado de origem, anterior à contratação, seja por meio da revisão do contrato, adequando suas cláusulas e condições à vontade inicial das partes por ocasião da sua celebração.

O CC, fundamentado na igualdade entre as partes componentes das relações jurídicas, estabeleceu como requisito para a resolução dos contratos o desequilíbrio gerado na relação, desde que oriundo de fato extraordinário e imprevisível e tendente a proporcionar desvantagem exagerada a uma das partes.¹²³ Reflexo claro do princípio *pacta sunt servanda*, cuja aplicação tem sido relativizada e muitas vezes transposta pela preeminência da função social do contrato e da boa-fé contratual. A aplicação da teoria da imprevisão é explicada por Antônio Carlos Efiging:

A teoria da imprevisão é invocada quando a onerosidade excessiva, decorrente de fatos extraordinários, cujas conseqüências não se poderiam prever na celebração do contrato, repercute em efeitos supervenientes, imprevisíveis e não correspondentes aos interesses iniciais das partes. Percebe-se a presença da imprevisibilidade e extraordinariedade nos fatos

¹²¹ FIGUEIREDO, *Revisão do contrato*, p. 79.

¹²² EFING, *Contratos e procedimento bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*, p. 84.

¹²³ FIGUEIREDO, *Revisão do contrato*, p. 235.

supervenientes, como elementos a constituírem a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.¹²⁴

Como visto, o que fundamenta a teoria da imprevisão é o advento de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, impossíveis de ser esperados por qualquer das partes. Aqui reside o pilar dessa teoria revisionista: o elemento superveniente há de ser imprevisível ou extraordinário.

Com isto se refere um tipo de elemento que fuja à normal visão que o homem médio faz da sua sociedade. Quando se fala no elemento imprevisível não se estão a considerar as condições peculiares do sujeito envolvido, muito embora tais condições possam ter certa relevância, mas cogita-se do comportamento provavelmente adequado.¹²⁵

Sobre a imprevisibilidade do evento e o comportamento provavelmente adequado diante dele, é importante lembrar que tais conceitos devem ser considerados a partir da realidade do homem médio e não do sujeito vulnerável, substancialmente distinto.

Há, todavia, possibilidade de relativização da imprevisibilidade, pedra de toque da teoria da imprevisão, passando esta a abranger um maior número de hipóteses e circunstâncias. A interpretação pela qual optou o doutrinador Luís Renato Ferreira da Silva, que, registre-se, apresenta-se bastante razoável, desloca a imprevisibilidade do fato superveniente para seus efeitos ou suas conseqüências. O evento em si poderia então ser previsível desde que seus resultados fossem inesperados, impensados pelas partes.¹²⁶

Rogério Ferraz Donnini compartilha o mesmo entendimento, com o argumento de que “muitas situações até mesmo passíveis de previsão podem causar uma prestação absolutamente desproporcional, ou mesmo causar a qualquer dos contraentes o cumprimento de uma obrigação excessivamente onerosa e, por via de conseqüência, iníqua, desigual e injusta”.¹²⁷

Além da imprevisibilidade, que, como visto, constitui elemento imprescindível, a teoria da imprevisão traz a reboque outros requisitos que dela naturalmente decorrem.

¹²⁴ EFING, **Contratos e procedimento bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**, p. 81-82.

¹²⁵ SILVA, Luís Renato Ferreira da, op. cit., p. 110.

¹²⁶ Ibid., p. 111.

¹²⁷ DONINNI, **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 66.

A teoria revisionista somente pode ser aplicada em contratos bilaterais, que já estejam concluídos, de prestação futura e omissos quanto a eventos futuros, em decorrência de que a revisão do contrato depende da excessiva onerosidade proveniente de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.¹²⁸

A conclusão parece lógica: se a onerosidade excessiva deve ser superveniente à celebração do contrato porém anterior ao seu fim, então somente contratos que prevejam determinado lapso temporal entre sua formação e seu cumprimento é que seriam passíveis de revisão com base na teoria da imprevisão.

Nesse sentido, o lapso temporal referido poderia ser ensejado pela contratação de prestações contratuais periódicas, como ocorre nos contratos de trato sucessivo ou de execução continuada, ou pela assunção de uma única obrigação, posterior ao momento da contratação, como nos contratos de execução diferida.¹²⁹

Além disso, o fato superveniente, imprevisível e extraordinário deve independe da vontade do devedor. Não seria razoável pretender o devedor a revisão contratual em razão de acontecimento ao qual ele próprio tenha dado causa.

Também deve ser significativa a alteração das condições contratuais decorrentes do referido fato superveniente, imprevisível e extraordinário, a ponto de impedir a contratação caso ele pudesse ser previsto pelas partes. É necessário que a onerosidade efetivamente desequilibre o contrato, tornando desigual o cumprimento das obrigações entre as partes. A equivalência até então existente entre as prestações assumidas deve restar significativamente prejudicada.

Quanto ao momento oportuno para a sua aplicação, há uma corrente doutrinária¹³⁰ que entende que a teoria da imprevisão deve ser invocada pela parte contratante que se sentir lesada, dentro do prazo de cumprimento das obrigações contratuais, sob pena de, em assim não procedendo, caracterizar-se a mora contratual, devendo o contratante arcar com todos os encargos e ônus dela decorrentes. Se o contratante prejudicado estiver inadimplente com suas obrigações contratuais no momento em que se manifestar a onerosidade excessiva decorrente

¹²⁸ FIGUEIREDO, **Revisão do contrato**, p. 97.

¹²⁹ Como conclui SILVA, Luís Renato Ferreira da, op. cit., p. 110.

¹³⁰ Formada, dentre outros, pelos autores Artur Marques da Silva Filho (**Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 150-152) e Alcio Manoel de Sousa Figueiredo (**Revisão do contrato**, p. 103-104).

de acontecimentos supervenientes e imprevisíveis, deverá, enquanto devedor em mora, suportar todos os riscos concretizados no período da mora.

2.5.1.1 Conceito de extrema vantagem

A idéia de excessiva onerosidade imposta a uma das partes contratantes, prevista no artigo 478 do CC, considerada em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, está visceralmente ligada à de extrema vantagem da outra parte, daí surgindo a possibilidade de resolução contratual.

O conceito de extrema vantagem, porém, não encontra definição no Código Civil pátrio. Trata-se de conceito vago, que exige do intérprete da lei sua concreção visando ao estabelecimento de padrões por meio dos quais a regra do artigo 478 do CC será aplicada. “A interpretação jurídica não se destina a uma reconhecimento dum qualquer conteúdo já pensado, mas sim a formular princípios para a acção, regras”.¹³¹

Buscando parâmetros para a aferição da extrema vantagem e para a conseqüente aplicação do artigo 478 do CC, é possível traçar um paralelo com o artigo 884 do mesmo diploma legal, que trata do enriquecimento ilícito. De acordo com tal dispositivo, “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, existe enriquecimento injusto sempre que uma parte contratante auferir vantagem de cunho econômico, sem justa causa, em prejuízo da outra parte. A noção de enriquecimento pressupõe, em contrapartida, a de empobrecimento, de sorte que vantagem patrimonial alcançada por um deverá resultar em desvantagem patrimonial de outro. As circunstâncias nas quais se revela o enriquecimento ilícito entremeiam-se aos aspectos relacionados à desvantagem exagerada, visto que em ambas as situações uma parte contratante enriquece ilicitamente às expensas da outra, impondo-lhe onerosidade excessiva, de modo que

¹³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 365.

cabará ao Poder Judiciário a adoção de medidas visando à correção do desequilíbrio.¹³²

Apesar de a extrema vantagem prevista no artigo 478 ter causa certa, qual seja, o surgimento de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, e do instituto do enriquecimento ilícito pressupor ausência de justa causa para o enriquecimento de uma parte em detrimento de outra – o que poderia, em princípio, impedir a aplicação da analogia –, a doutrina esclarece que ausência de justa causa não significa inexistência absoluta de fundamentos para o enriquecimento ilícito, mas a falta de causa justa. “Deve ser entendido como sem justa causa o ato jurídico desprovido de razão albergada pela ordem jurídica. A causa poderá existir, mas, sendo injusta, estará configurado o locupletamento indevido”.¹³³

Assim, o conceito de enriquecimento ilícito poderá servir de baliza para aferição da extrema vantagem. Contudo, somente a análise do caso concreto poderá determinar se de fato a prestação de uma das partes contratantes se tornou excessivamente onerosa, resultando daí extrema vantagem para a outra, a ensejar a resolução contratual estabelecida no artigo 478 do CC.

2.6 REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O CDC, fundamentado no desequilíbrio de forças que antecede a própria formação da relação jurídica contratual entre fornecedor e consumidor, possibilita a revisão contratual sempre que constatado que o adimplemento do contrato se tornou excessivamente oneroso a uma das partes, ainda que o fato gerador da onerosidade possa ser considerado previsível.

Conforme expressamente prevê o artigo 6º do CDC, trata-se de direito básico dos consumidores "a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". Assevera Rogério Ferraz Donnini:

Esse dispositivo é o primeiro no nosso ordenamento a reconhecer a possibilidade de revisão do contrato por excessiva onerosidade, diante de acontecimento superveniente à celebração do contrato, causando um

¹³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 196-197.

¹³³ *Ibid.*, p. 197.

desequilíbrio na relação contratual. De fato, conforme já mencionado alhures, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* nunca teve um consenso nas relações de direito civil ou comercial. Embora a melhor doutrina e parte considerável da jurisprudência acolhessem a tese, sua aplicação sempre foi tímida e bastante cautelosa. Não raras vezes as decisões proferidas em sentenças e acórdãos, relativas a casos em que ocorreram flagrantes desequilíbrios provocados por fatos posteriores à realização do pacto, de absoluta imprevisibilidade, foram fundamentadas apenas com o brocardo que expressa o liberalismo do século passado, assim como um verdadeiro dogma da vontade, do individualismo e da obrigatoriedade no cumprimento das avenças, ou seja, *pacta sunt servanda*.¹³⁴

Como esclarece Antônio Carlos Efig, por meio da modificação ou da revisão contratual, poderão as partes tornar novamente equilibrado o contrato e possível seu adimplemento:

Em ambos os casos (de modificação ou revisão), o objetivo maior é proporcionar o restabelecimento da equidade contratual com a correção de eventual enriquecimento indevido de uma das partes contraentes em detrimento da outra e, em última análise, proporcionar o correto adimplemento contratual ou a correção da avença onerosamente cumprida pelo consumidor.¹³⁵

Não se poderia, pois, com base na segurança jurídica da contratação, no princípio da força obrigatória dos contratos ou nos brocados que regiam os contratos há aproximadamente dois séculos, permitir o enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes às custas do sacrifício extremo da outra, visto que o contrato não fora concebido para esse fim.¹³⁶ “A excessiva onerosidade imposta a uma das

¹³⁴ DONNINI, A **revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, p. 167.

¹³⁵ EFING, **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**, p. 90.

¹³⁶ Consoante o entendimento de Rubén S. Stiglitz, “la constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, que implique que una de las partes obtenga, al tiempo del perfeccionamiento del contrato, 'una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación', verificándose que la causa lo ha sido la explotación de la 'necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra' (art. 954 del Cód. Civil); o la prueba de que uno de los sujetos no ha estado en situación de apreciar o de defender normalmente sus intereses, por haber sido engañado por anuncios publicitarios; o habiéndose constatado que una de las partes de la relación comercial ha concluido el contrato ignorando, por reticencia informativa de la contraria – lo que implica una infracción a las reglas secundarias de conducta –, circunstancias de tal naturaleza que de haber sido conocidas habrían operado como causales obstativas a la celebración del contrato o, por lo menos, en distintas condiciones a como se acordó; o situaciones tales como cuando la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (art. 1198, Cód. Civil), consiente y autoriza la intervención de los poderes públicos. Como lo justifica que todo contrato de ejecución diferida sea revisado si, por hallarse expuesto a sufrir las alteraciones derivadas de 'circunstancias económicas' (inflación estructural o hiperinflación coyuntural), éstas inciden en él, al punto que se desnaturalizan las obligaciones, se fractura el sinalagma, se traspasa la relación de equivalencia”. (**Autonomía de la voluntad y revisión del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 4-5).

partes não pode preponderar sobre os objetivos almejados no momento da contratação”.¹³⁷

Assim, a modificação e a revisão de cláusulas contratuais cujo cumprimento possa acarretar excessiva onerosidade constituem – como não poderia deixar de ser – direito básico dos consumidores, expressamente previsto no CDC. Buscando o fundamento dessa tutela, Antônio Carlos Efig salienta:

A revisão do contrato e, em alguns casos, a modificação, configuram instrumentos para o alcance da função social do contrato e a prevalência dos objetivos das partes contraentes subordinadas (vulneráveis) às vontades das partes economicamente mais fortes que assumem os riscos da atividade, dentre os quais o de restabelecer a comutatividade contratual e alcançar os objetivos contratados, mesmo que à custa de algum sacrifício ao qual deve estar ciente e disposto a suportar.¹³⁸

No mesmo sentido, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, que classifica o direito à revisão contratual como princípio, salienta que “esse princípio, que é fundamental, tem por base as características da relação de consumo, fruto da proposta do fornecedor, que assume integralmente o risco de seu negócio e que detém o conhecimento técnico para implementá-lo e oferecê-lo no mercado”.¹³⁹

Como visto, os fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo, por constituírem a parte evidentemente mais forte das relações de consumo e serem detentores de todas as informações acerca do produto ou serviço que disponibilizam, assumem os riscos das atividades que desenvolvem, entre os quais o de posterior revisão ou modificação dos contratos firmados, a fim de adequá-los à expectativa do consumidor, bem como à função social que deve reger as contratações, ainda que essa revisão ou modificação lhes possa acarretar alguma sorte de prejuízo.

Aliás, se se considerar, principalmente, que as cláusulas que estabelecem prestações desproporcionais são impostas pelos próprios fornecedores por meio dos contratos de adesão, como costumeiramente ocorre com os contratos de natureza bancária, é bastante razoável que lhes seja atribuído o risco pela modificação ou revisão da condição desproporcional e mesmo o risco por eventual prejuízo decorrente da modificação ou revisão.

¹³⁷ EFING, **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**, p. 85-86.

¹³⁸ EFING, **Revisão Contratual no CDC e no CC**, p. 73.

¹³⁹ NUNES, **Curso de direito do consumidor**, p. 134.

Por oportuno, cabe ainda lembrar que, por se tratar de direito básico dos consumidores previsto no CDC, não parece ter permitido o legislador que os fornecedores usufruam do direito à modificação ou à revisão de cláusulas contratuais que eventualmente os prejudiquem. “A onerosidade excessiva e superveniente que permite o recurso a esta revisão judicial é unilateral, pois o art. 6º do CDC institui direitos básicos apenas para o consumidor”.¹⁴⁰

Ainda da análise do conteúdo do artigo 6º, inciso V, do CDC, é possível admitir a existência de causas contemporâneas ou concomitantes à formação do contrato que ensejam a sua modificação, e condições supervenientes à contratação que ensejam a revisão contratual.

Contudo a doutrina não é uníssona no que tange à natureza das causas contemporâneas e das causas supervenientes à contratação, nem quanto ao tratamento jurídico a elas dispensado.

À guisa de exemplo, para o autor João Batista de Almeida poderiam ser classificadas em cláusulas abusivas e em prestações desproporcionais, sujeitas à modificação contratual, as causas contemporâneas à formação do contrato; e em circunstâncias imprevisíveis e em quebra da base do negócio por onerosidade excessiva, ambas determinantes de revisão contratual, as causas supervenientes à formação do contrato.¹⁴¹

No mesmo sentido, Luís Renato Ferreira da Silva assevera que entre as causas possíveis para revisão judicial de um contrato algumas são concomitantes à própria formação do contrato – as cláusulas abusivas e lesão enorme¹⁴² – e outras só surgem em momento posterior a ele¹⁴³ – as circunstâncias imprevisíveis e as que alteram a base do negócio jurídico.

As cláusulas abusivas previstas no *caput* do artigo 51 do CDC são nulas de pleno direito, como expressamente estabelece o texto legal. Porém, para o doutrinador João Batista de Almeida,

[...] o reconhecimento da nulidade *pleno jure* de determinada cláusula tida por abusiva conduz ao seu expurgo ou à sua adequação, mas não à

¹⁴⁰ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 58.

¹⁴¹ ALMEIDA, op. cit., p. 239.

¹⁴² O autor entende que as prestações desproporcionais referem-se na verdade ao instituto da lesão, tratado pelo Código Civil de 1916 e também pelo Código Civil de 2002 no artigo 157, segundo o qual “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.” (SILVA, Luís Renato Ferreira da, op. cit., p. 92).

¹⁴³ Ibid., p. 150.

resolução automática do contrato. Dessa forma, em face da regra da conservação dos contratos, deve o juiz rever o contrato, integrando o pacto, de tal modo que este venha a ser implementado, em novas bases, após o reequilíbrio das prestações.¹⁴⁴

Outro não é o entendimento de Luís Renato Ferreira da Silva, para quem a cláusula abusiva, enquanto condição nula de pleno direito, deve ser expurgada do contrato.

[Porém,] retirada a cláusula abusiva, por força da regra da conservação dos negócios, o pacto deverá ser integrado, dando-se a revisão pelo juiz. A revisão será feita de modo que o contrato seja implementado (via interpretação integradora), permitindo-se um reequilíbrio que conduza ao fim que ambos os contratantes se dispuseram a alcançar quando firmaram o contrato.¹⁴⁵

Os referidos doutrinadores parecem encontrar no CDC fundamento para a idéia de que as cláusulas abusivas encontrariam ali previsão implícita (artigo 6º, inciso V) – sendo, portanto, passíveis de “adequação” – e de que não comprometeriam as demais cláusulas contratuais consideradas válidas, permitindo a subsistência do pacto (parágrafo 2º do artigo 51), visto que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Cláusula contratual abusiva é nula de pleno direito, portanto sua exclusão do contrato firmado não afetará a plena validade das demais cláusulas e a do contrato em si. Mas para tanto é necessário que haja esforços de integração entre as demais cláusulas e o conteúdo do contrato, de forma que seu sentido e alcance não restem prejudicados. Os esforços de integração caberão não às partes, mas ao julgador responsável pela revisão contratual, pela adequação das condições do contrato à legislação em vigor e pela manutenção da função social do contrato, preservando o interesse inicial das partes e impedindo que sejam afetadas por onerosidade excessiva decorrente da revisão do instrumento.

Todavia, se realizados os esforços de integração e ainda assim o contrato imputar ônus excessivo a uma das partes, então não restará alternativa ao magistrado senão determinar a resolução do contrato.

Não é esse, porém, o posicionamento adotado por José Geraldo Brito Filomeno. De acordo com referido doutrinador, ao tratar no artigo 6º, inciso V, do

¹⁴⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 240.

¹⁴⁵ SILVA, Luís Renato Ferreira da, op. cit., p. 150.

CDC, da modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, o legislador não pretendeu, em nenhuma hipótese, referir-se às cláusulas abusivas, porque estas, segundo ele, não se sujeitam à modificação, revisão ou adequação.

De acordo com Filomeno, as cláusulas abusivas receberam tratamento próprio no inciso IV do artigo 6º, que estabeleceu ser direito básico dos consumidores “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. Não poderia então o legislador, após tratar expressamente das cláusulas abusivas no inciso IV do artigo 6º, logo em seguida a elas fazer menção, desta vez de forma tácita, autorizando sua modificação. Diz José Geraldo Brito Filomeno:

Em interpretação literal e lógica do Código de Defesa do Consumidor, a própria existência de dois incisos referentes aos incidentes que podem se verificar *após a formação dos contratos indica*, claramente, que: *a)* uma coisa é a declaração de nulidade ou anulação de cláusulas contratuais ou negócios jurídicos, em decorrência de fatos pré-contratuais (por exemplo, a oferta ou publicidade enganosas), ou durante sua execução (práticas comerciais abusivas, ainda à guisa de exemplificação, impostas no fornecimento de produtos e serviços); *b)* outra coisa, bastante diversa, é exatamente a *modificação ou revisão de cláusulas contratuais*, que estabeleçam prestações desproporcionais, ou em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.¹⁴⁶

Além disso, assevera o autor que no inciso V do art. 6º do CDC o legislador tratou da ocorrência de fato não pretendido, não querido, que poderia até ser previsível, embora não previsto pelas partes, e que ensejaria apenas duas soluções possíveis:

a) a modificação ou revisão de cláusula contratual, permanecendo, contudo, o vínculo obrigacional (no caso do inciso V do art. 6º); *b)* ou então o desfazimento do vínculo, mediante a resolução contratual que, como se sabe, é diversa da rescisão, prevista, implicitamente, no inciso IV do referido art. 6º do CDC, vez que aquela pressupõe o rompimento das avenças.¹⁴⁷

Na verdade, com o respeito devido aos autores João Batista de Almeida e Luís Renato Ferreira da Silva, presumir que causas supervenientes à formação do contrato, causadoras de onerosidade excessiva e carecedoras de revisão contratual abrangeriam causas imprevisíveis, isso, além de divergir da interpretação lógica e

¹⁴⁶ FILOMENO, Tutela contratual no novo Código Civil em face do Código de Defesa do Consumidor, p. 117-118.

¹⁴⁷ Ibid., p. 119.

mais provável do dispositivo em comento – que não contempla nenhum indício capaz de conduzir à conclusão de que fatos supervenientes à contratação devem ser também imprevisíveis –, implicaria a aceitação de que a revisão contratual prevista no CDC exige que o fato superveniente seja extraordinário, irresistível e imprevisível, características essas próprias da teoria da imprevisão adotada no CC, e não da teoria da onerosidade excessiva, que assinala e distingue o CDC, como será visto adiante.

No que concerne às causas concomitantes à formação do contrato e à inclusão ou não das cláusulas abusivas no artigo 6º, inciso V, do CDC, é bastante razoável a polêmica em torno da extensão da interpretação passível de ser conferida ao referido dispositivo, se considerada a natureza dos conceitos trazidos pelo CDC.

As cláusulas abusivas, consideradas nulas de pleno direito, encontram-se previstas nos artigos 51 a 53 do CDC. Trata-se de rol meramente exemplificativo, que por reiteradas vezes foi complementado em portarias editadas pela Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, como autoriza o artigo 56 do Decreto Federal n.º 2.181/97.

Nessa perspectiva, no artigo 51, inciso IV, o CDC determina que são abusivas as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. E no parágrafo 1º, inciso III, do mesmo artigo, conceitua como exagerada a vantagem que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”. Consoante José Geraldo Brito Filomeno:

Interessante ainda salientar que há presunção de abusividade e de auferição de vantagem exagerada, se a cláusula contratual ofende os princípios fundamentais do sistema jurídicos a que pertence, restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, e se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.¹⁴⁸

Assim, enquanto cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais são passíveis de modificação, e fatos supervenientes que

¹⁴⁸ FILOMENO, Tutela contratual no novo Código Civil em face do Código de Defesa do Consumidor, p. 108.

acarretam onerosidade excessiva ensejam revisão contratual, consoante o artigo 6º, inciso V, do CDC, as cláusulas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada – considerando-se desvantagem exagerada aquela que causa onerosidade excessiva – são nulas de pleno direito, nos termos do artigo 51, inciso IV, e parágrafo 1º, inciso III, do CDC, e devem ser excluídas do contrato.

Embora cláusulas que estabelecem prestação desproporcional e cláusulas que representam desvantagem exagerada pareçam indicar condições idênticas, existe, sim, uma linha que distingue o que deve ser corrigido do que é absolutamente inaceitável, nulo de pleno direito.

Como assevera Antônio Carlos Efiging,

[...] os parâmetros legais para a ocorrência de excessiva onerosidade, dispostos no § 1º do art. 51, não se referem aos pressupostos para a modificação ou revisão do contrato, mas sim para o reconhecimento de nulidade da condição contratual por infração da norma cogente do art. 51, inc. IV, do CDC.¹⁴⁹

Destarte, há determinadas circunstâncias em que o desequilíbrio contratual poderá ser retificado por meio de modificação ou de revisão das cláusulas contratuais. Porém, em determinados casos, a desvantagem exagerada imposta ao consumidor não dará ensejo à modificação ou à revisão contratual, mas determinará o simples reconhecimento da nulidade absoluta da condição contratual que imponha a referida desvantagem. Em outras palavras, a onerosidade excessiva mencionada no artigo 6º, inciso V, do CDC somente oportuniza modificação ou revisão de obrigações válidas. Cláusulas abusivas, nulas de pleno direito e, portanto, inexistentes, não podem ser validadas por meio de modificação ou revisão.¹⁵⁰

Do exposto, o que se nota é que prestação desproporcional, vantagem exagerada e onerosidade excessiva constituem conceitos vagos, não definidos pelo legislador. Em sendo assim, caberá ao Judiciário encontrar parâmetros para sua concreção e assim estabelecer limites para o desequilíbrio contratual, determinando se a prestação ensejadora do desequilíbrio é passível de modificação ou de revisão ou se a gravidade do ônus que ela encerra acarretará necessariamente a sua exclusão do contrato e a readequação do instrumento contratual por meio dos “esforços de integração” mencionados no parágrafo 2º do artigo 51 do CDC.

¹⁴⁹ EFING, **Contratos e procedimento bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**, p. 89.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 89-90.

É exatamente o que deve ocorrer com os contratos bancários. Não obstante ser sempre referida por meio da expressão “revisão contratual” a modificação dos contratos de natureza bancária, é necessário que se analise, diante do caso concreto, se o desequilíbrio contratual foi gerado por cláusula que estabelece prestação desproporcional, impondo-se, neste caso, a sua modificação, ou se a onerosidade excessiva foi ocasionada por fato superveniente à contratação, hipótese na qual se deverá proceder à revisão contratual.

No entanto, se a vantagem exagerada imposta pela instituição financeira contratada mostrar-se excessivamente onerosa ao consumidor, agravando sobremaneira suas obrigações e impossibilitando o adimplemento do contrato e a restituição do crédito concedido, então se estará diante de cláusula abusiva, que deve ser retirada do contrato bancário. Uma vez excluída a cláusula contratual abusiva, nula de pleno direito, caberá ao julgador envidar esforços buscando a integração do restante do conteúdo do pacto e sua preservação.

Nessa perspectiva, a revisão contratual fundamentada no CDC – revisão essa, frise-se, das condições contratuais válidas, sujeitas à revisão ou à modificação – encontra guarida na teoria da onerosidade excessiva, que trata da quebra da base no negócio e permite a revisão contratual desde que verificada a excessiva onerosidade ao consumidor, afastando o requisito da imprevisibilidade de evento futuro.

Alerta Luiz Antonio Rizzatto Nunes, em comentário à revisão contratual prevista no CDC:

[...] para que se faça a revisão do contrato basta que, *após* ter ele sido firmado, surjam fatos que o tornem excessivamente oneroso. Não se pergunta, nem interessa saber, se, na data de seu fechamento, as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros. Basta ter havido alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivamente oneroso para o consumidor.¹⁵¹

Se, por um lado, o CC visivelmente prestigia a resolução contratual em detrimento da conservação do pacto firmado entre as partes e da preservação de seus interesses, no CDC a intenção do legislador “foi evitar a resolução do pacto, conservando, destarte, o contrato, para que o consumidor não fosse prejudicado por

¹⁵¹ NUNES, *Curso de direito do consumidor*, p. 134.

cláusulas que previsses prestações desproporcionais ou em caso de onerosidade excessiva”.¹⁵²

2.6.1 Teoria da onerosidade excessiva

Com a expressa previsão no CDC de aplicação da teoria da onerosidade excessiva (art. 6º, inciso V, da Lei 8.078/90) instaurou-se nova fase no direito brasileiro para revisão ou modificação de condições contratadas.

Por meio do referido dispositivo legal, outorgou-se ao consumidor o direito de obter do Poder Judiciário a revisão do contrato toda vez que algum fato superveniente afetar o equilíbrio do cumprimento da avença, seja por tornar-se excessivamente oneroso esse adimplemento, seja simplesmente por alterar a comutatividade contratual.

Em que pese ter a doutrina adotado o conceito de excessiva onerosidade para justificar a aplicação da teoria da imprevisão¹⁵³, a teoria da onerosidade excessiva representa verdadeiro avanço e difere da teoria da imprevisão fundamentalmente no tocante aos requisitos que ensejam sua aplicação:

A norma do art. 6º do CDC avança, em relação ao Código Civil (arts. 478-480 – Da resolução por onerosidade excessiva), ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível – apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. O CDC, também, não exige, para promover a revisão, que haja “extrema vantagem para a outra” parte contratual, como faz o Código Civil (art. 478).¹⁵⁴

É nesse ponto, justamente, que se vislumbra a principal distinção entre a teoria da imprevisão adotada pelo Código Civil e a teoria da onerosidade excessiva trazida pelo CDC, porquanto aquela exige como requisito para a resolução contratual a imprevisibilidade do fato extraordinário, que desequilibra a relação

¹⁵² DONNINI, A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, p. 172.

¹⁵³ EFING, Revisão contratual no CDC e no CC, p. 79-80.

¹⁵⁴ BENJAMIN, op. cit., p. 58.

jurídica contratual, tornando excessivamente oneroso a uma das partes o cumprimento das obrigações assumidas.

Para a teoria da onerosidade excessiva é suficiente a mera configuração da quebra da base do negócio jurídico por onerosidade excessiva – em razão de fatos não pretendidos, não queridos e não previstos, ainda que previsíveis¹⁵⁵ – para que se proceda à revisão das cláusulas contratuais ensejadoras do desequilíbrio, não se exigindo, para tanto, que a onerosidade tenha sido originada por fato extraordinário ou irresistível. Daí a conclusão n.º 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Contratos no ano 2000, com o seguinte texto: “Para fins de aplicação do art. 6º, inciso V do CDC, não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a verificação da onerosidade excessiva”.¹⁵⁶

Note-se, nessa perspectiva, que não poderia o CDC ter adotado a teoria da imprevisão. Como corrobora o princípio da vulnerabilidade, oportunamente analisado, o diploma consumerista tem por base o desequilíbrio entre as partes contratantes, desequilíbrio esse que antecede a formação do contrato. Não seria coerente, portanto, que também o CDC previsse a necessidade dos requisitos da imprevisibilidade e extraordinariedade dos fatos geradores do desequilíbrio contratual se a vulnerabilidade do consumidor o impossibilitasse de produzir prova dessa natureza e complexidade.

Destarte, o CDC, como ensina Antônio Carlos Efiging, atua de forma preventiva e reparadora no tocante à onerosidade excessiva.

O CDC cumpre com o seu papel saneador, quando configurada a onerosidade excessiva, em pelo menos três momentos distintos. Num primeiro instante confere direitos aos consumidores e atribui deveres aos fornecedores, na fase pré-contratual e no momento da formação do vínculo. Num segundo instante, quando do aperfeiçoamento do contrato, institui a proibição da utilização de cláusulas abusivas contrárias ao sistema de proteção ao consumidor, conferindo a lei o controle jurisdicional de tais cláusulas, se delas decorrer onerosidade ao consumidor. Percebe-se nesses dois momentos o caráter preventivo do CDC. Já quanto à solução de eventual e superveniente excessiva onerosidade, que determine o desequilíbrio contratual, o CDC outorga ao consumidor, além da revisão das condições anteriormente pactuadas, a edição de novas cláusulas visando restabelecer a comutatividade contratual.¹⁵⁷

¹⁵⁵ FILOMENO, Tutela contratual no novo Código Civil em face do Código de Defesa do Consumidor, p. 118.

¹⁵⁶ MARQUES, op. cit., p. 918.

¹⁵⁷ EFING, **Contratos e procedimento bancários** ..., p. 88-89.

Analisada a possibilidade de revisão contratual com base na teoria da onerosidade, torna-se necessário aprofundar e delimitar o conceito de onerosidade excessiva.

2.6.1.1 Conceito de onerosidade excessiva

Onerosidade excessiva é, pois, uma das causas, entre outras, que os nossos diplomas legais mais avançados admitem para revisão de contrato, como meio de torná-lo equânime, evitando que a parte que detenha melhores condições em relação à avença venha a locupletar-se à custa da outra. É, portanto, importante meio de promoção de justiça social no seio das relações privadas, concretizando no âmbito dos negócios particulares os ditames maiores da Constituição Federal de 1988, sabidamente preocupada com valores de justiça material.

Revisitar contratos por conta de sua excessiva onerosidade trata-se, então, de instrumento apto a tornar equilibradas as relações contratuais, consoante o interesse original das partes e outros interesses que transcendem aqueles dos particulares envolvidos. Não por outra razão cuida-se de matéria de ordem pública, que vai além da capacidade de disposição das partes, visando à tutela de terceiros.

Onerosidade excessiva é, como oportunamente mencionado, conceito vago cuja concreção compete ao Poder Judiciário, visto não ter sido definido no CDC. De qualquer sorte, o que se pode dizer é que onerosidade excessiva se afere tendo em mira a situação concreta das partes contratantes. O contrato, por si só, não pode ser reputado excessivamente oneroso, tampouco o podem as condições nele previstas, senão em atenção à real situação dos contratantes.

Considerando então a natureza do contrato firmado e o interesse das partes quando de sua formação, onerosidade excessiva pode ser entendida como o desequilíbrio que torna a satisfação da obrigação contratual custosa por demais para a parte que a invoca.

Ou seja, o primeiro pressuposto de onerosidade excessiva é a condição de desequilíbrio que a satisfação da obrigação causaria à parte que pretende a revisão do contrato. A execução do contrato deve ser, a exemplo do que também ocorre com a teoria da imprevisão, causa de grave perturbação para uma das partes, inviabilizando que ela cumpra sua prestação nos termos inicialmente avençados.

Contudo a onerosidade excessiva ensejadora da revisão contratual não precisa corresponder a valor pecuniário expressivo. Aliás, nem sequer precisa equivaler a um valor econômico. Basta que haja desequilíbrio contratual e que a prestação se torne custosa ao consumidor. “Na realidade, qualquer obrigação que se mostre indevida, mesmo que não possua expressão financeira, já representa onerosidade a ponto de ensejar a revisão contratual com base na aplicação da Teoria da Onerosidade Excessiva”.¹⁵⁸

A onerosidade excessiva pode ser ainda extraída do inadimplemento contratual, enquanto indício concreto de que o cumprimento das obrigações assumidas se tornou demasiadamente árduo ao consumidor, a ponto de inviabilizar o implemento nos prazos e nas condições assumidas.

Frise-se, como já mencionado, que somente a análise do caso concreto poderá apontar a presença de onerosidade excessiva ou de desproporcionalidade das prestações assumidas. E somente depois de analisados o caso concreto e as condições contratuais cuja modificação ou revisão se pretende é que será possível dizer se o enriquecimento gerado a uma parte em detrimento da outra, se a desvantagem que macula as obrigações assumidas por cada uma das partes e se a desproporcionalidade das prestações poderão sujeitar-se à modificação ou à revisão, ou se se está diante de cláusula abusiva, nula de pleno direito, que somente autoriza a sua imediata exclusão e a tentativa de integrar o restante do conteúdo do contrato.

Corroboraria, porém, a aferição da onerosidade excessiva, a existência de legislação própria, que estabelecesse parâmetros por meio dos quais se pudesse estimar se a cláusula contratual cuja modificação ou revisão foi suscitada possui elementos capazes de gerar, a qualquer consumidor, indistintamente, severas dificuldades no cumprimento das obrigações contratuais, ou desequilíbrio significativo em relação à vantagem auferida pela parte adversa.

De qualquer forma, como é sabido, as condições contratualmente impostas pelas instituições financeiras quando da celebração de contratos bancários não raras vezes tornam desproporcionais as obrigações assumidas pelo consumidor e excessivamente oneroso o adimplemento contratual.

¹⁵⁸ EFING, Antônio Carlos. Revisão contratual. In: _____ (Org.). **Direito das relações contratuais**. Curitiba: Juruá, 2005. v. 2. p. 32.

3 AS PRINCIPAIS CAUSAS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

3.1. ALTAS TAXAS DE JUROS

A incidência dos juros nas contratações não constitui matéria recente. Desde o momento em que o homem adotou a moeda, surgiu a idéia de cobrar um acréscimo, um *plus* pelo uso do capital, de quem dele não dispunha.¹⁵⁹

Com efeito, juro, normalmente designado no plural (juros), pode ser definido como rendimento do capital, como remuneração pelo uso do capital ou, em outras palavras, como pagamento ou recompensa efetuada ao proprietário em razão de lhe ter sido impedido o uso do bem por determinado período de tempo. Corresponde ao preço do aluguel do dinheiro, no qual está também embutido o risco de não mais reavê-lo.¹⁶⁰

Por serem devidos conjuntamente com a devolução ou pagamento de outro valor, constituem os juros obrigação acessória decorrente de uma primeira, considerada obrigação principal.¹⁶¹

Quanto à origem do dever de realizar seu pagamento, os juros podem ser classificados em legais e convencionais, correspondendo os primeiros aos fixados em lei, e estes aos juros ajustados entre as partes contratantes; no tocante à natureza da obrigação de pagá-los, os juros podem ser compensatórios e moratórios e, quanto à metodologia utilizada no seu cálculo, podem ser simples ou compostos.

Os juros moratórios consistem em verdadeira sanção pela mora ou pelo atraso no cumprimento da obrigação ajustada, como leciona Marcelo Dalton Dalmolin:

Os juros contados pela mora, pelo atraso no pagamento de uma obrigação, são um valor punitivo que sanciona o não-cumprimento desta obrigação. Não há um empréstimo direto, negociado, para o uso desse capital. O que ocorre é uma infração por parte do devedor, que não cumpre a obrigação pecuniária. Os juros de mora, portanto, têm um caráter dúplice: sob um ângulo, têm o condão de “punir a mora” do devedor e, sob outro,

¹⁵⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Juros no novo direito privado brasileiro. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coords.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 533.

¹⁶⁰ LUPINACCI, Ronaldo Ausone. **Limite da taxa de juros no Brasil**. São Paulo: Editora de Direito, 1999. p. 21.

¹⁶¹ SCHONBLUM, op. cit., p. 243-244.

caracterizam-se como uma reparação dos danos ao custo de capital causado ao credor pelo retardamento no adimplemento da obrigação.¹⁶²

Por sua vez, os juros compensatórios (ou remuneratórios) são os que melhor definem a idéia de juro em seu sentido estrito, pois que se referem à compensação ou remuneração ao credor pelo período em que ficou impossibilitado de utilizar o capital. “Os juros compensatórios são devidos em razão da utilização do capital pelo devedor na exata medida em que constituem frutos civis do valor empregado. Espelham a paga pela utilização do capital alheio”.¹⁶³

Quanto à possibilidade de cumulação dos juros moratórios e compensatórios, Luiz Antonio Scavone Junior esclarece:

Como vimos, os juros moratórios possuem gênese diversa daquela decorrente dos juros compensatórios. Com efeito, os juros compensatórios encontram sua origem na simples utilização do capital. Portanto, são juros que se contam pela utilização do capital durante determinado tempo. Por outro lado, os juros moratórios possuem gênese no atraso – mora ou demora - na restituição do capital. Também são juros pela utilização do capital, entretanto, constituem pena imposta ao devedor moroso e prefixação das perdas e danos. Nesse sentido, absolutamente possível a cumulação de uns com os outros.¹⁶⁴

Em relação à limitação dos juros, o Código Civil de 1916 disciplinou originariamente a matéria, estabelecendo no artigo 1.062 que a taxa de juros¹⁶⁵ moratórios quando não convencionada entre as partes seria de 6% ao ano, e, no artigo 1.063, que os juros devidos por força de lei ou por convenção das partes sem, entretanto, menção à taxa estipulada, também seriam de 6%. Os juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis somente poderiam ser fixados abaixo ou acima da taxa de 6% ao ano, com ou sem capitalização, mediante cláusula expressa, nos termos do artigo 1.262.

¹⁶² DALMOLIN, Marcelo Dalton. **Correção monetária: a extinção da UFIR**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 54.

¹⁶³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro: atualizado com a emenda constitucional n. 40, de 29.05.2003, e com o Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83.

¹⁶⁴ Ibid., p. 144.

¹⁶⁵ Consoante a lição de John Maynard Keynes, “taxa de juros é o ‘preço’ mediante o qual o desejo de manter a riqueza em forma líquida se concilia com a quantidade de moeda disponível. Isso implica que, se a taxa de juros fosse menor, isto é, se a recompensa da renúncia à liquidez se reduzisse, o montante agregado de moeda que o público desejaria conservar excederia a oferta disponível e que, se a taxa de juros se elevasse, haveria um excedente de moeda que ninguém estaria disposto a reter”. (**A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. 1. ed. (1982), 11. tir. Trad. Mário R. da Cruz; rev. téc. Cláudio Roberto Contador. São Paulo: Atlas, 1992. p. 137-138).

Posteriormente, porque a exigência de limitação de juros decorre da própria natureza da relação estabelecida entre quem dispõe do capital e quem dele necessita¹⁶⁶, e provavelmente em razão da materialização dos excessos que o artigo 1.262 possibilitava, foi editado o Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura), que expressamente proibiu a cobrança de juros superiores ao dobro do limite previsto no artigo 1.062 do Código Civil vigente à época, ou seja, superiores a 12% ao ano, nos seguintes termos: “É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062)”. Como lembra Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

O Decreto 22.262/33 também tinha disposição proibindo a cobrança de comissões acima dessa taxa. Ainda, proibiu a capitalização dos juros, que é a cobrança de juro sobre juro. Em caso de mora, permitiu a elevação dos juros remuneratórios em mais 1%, com o que os juros moratórios corresponderiam a mais 1% daquilo que havia sido fixado para os juros remuneratórios. Qualquer contrato estabelecido contrariamente ao disposto naquele Decreto seria considerado nulo (ou o contrato seria no todo considerado, segundo uma interpretação mais extensiva, ou nula seria considerada apenas a cláusula, como predominantemente se entende) (art. 11 do Decreto 22.262/33).¹⁶⁷

Importante observar, ainda, que o Código Civil de 1916 regulava, por meio do artigo 1.262, os juros remuneratórios apenas no mútuo, ao passo que o Decreto n.º 22.626/33 ampliou o campo de incidência da norma, vedando a estipulação de taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal não apenas no mútuo, mas em quaisquer contratos.¹⁶⁸

Posteriormente, a Lei n.º 1.521/51 definiu usura como crime contra a economia popular e estabeleceu, em seu artigo 4º, que configuraria crime de usura:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida, cominando para os referidos ilícitos pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

¹⁶⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os juros na perspectiva do Código Civil. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 153.

¹⁶⁷ Ibid., p. 154.

¹⁶⁸ Ibid., p. 155.

O parágrafo 3º do artigo 4º da Lei n.º 1.521/51 determinava ainda a nulidade da estipulação de juros ou lucros usurários e imputava ao juiz o dever de ajustá-los à medida legal ou, caso já houvesse sido efetuada a adequação, de ordenar a restituição ao devedor da quantia paga em excesso, acrescida dos juros legais contados da data do pagamento indevido.

Já em 1964, ante a ausência de legislação que dispusesse sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, editou-se a Lei n.º 4.595/64 criando o Conselho Monetário Nacional e a ele atribuindo, por meio do artigo 4º, inciso IX, a tarefa de limitar a taxa de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os serviços prestados pelo Banco Central do Brasil.¹⁶⁹ Em síntese, a Lei n.º 4.595/65 autorizou o Poder Legislativo a delegar poderes ao Executivo para, por meio de Resoluções do Conselho Monetário Nacional, legislar sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

Todavia, desde já cumpre ressaltar que o termo “limitar” previsto no artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/65, que atribuiu ao Conselho Monetário Nacional o dever de estipular limite para as taxas de juros, foi equivocadamente entendido e compreendido como “liberar”,

[...] já que a constatação óbvia é que as Instituições Financeiras cobram aquilo que denominam ‘juros de mercado’ com fundamento em resoluções do Banco Central. Todavia, resolução não é lei e não poderia, jamais, afrontar o comando legal, que obriga a limitação e não a liberação das taxas de juros.¹⁷⁰

Além disso, como adverte Rui Portanova, “em vez de tal limitação acontecer sempre que necessário, a ilimitação se dá ao inteiro alvitre das instituições financeiras. Os juros são pactuados quanto, como e quando interessar ao agente financeiro”.¹⁷¹

Em 15 de setembro de 1976, com a Resolução n.º 389/76 do Banco Central do Brasil, estabeleceu-se que a partir da data de sua publicação as operações ativas dos bancos comerciais seriam realizadas a taxas de mercado. Nesse mesmo ano, partindo da posição de que as instituições financeiras haviam sido liberadas do dever legal de observar a limitação prevista no em princípio revogado Decreto n.º

¹⁶⁹ SCHONBLUM, op. cit., p. 252.

¹⁷⁰ SCAVONE JUNIOR, **Juros no novo direito privado brasileiro**, p. 561-562.

¹⁷¹ PORTANOVA, Rui. **Limitação dos juros nos contratos bancários**: ações e defesa dos devedores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 71.

22.626/33 (Lei da Usura), o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula n.º 596, estabelecendo que as disposições contidas no Decreto 22.626/33 não se aplicariam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional.¹⁷²

Mais de uma década depois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse panorama foi alterado, subtraindo-se do Executivo o poder de legislar (que lhe havia sido concedido pelo artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/65), como expressamente dispõe o artigo 25, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao determinar que ficariam revogadas, a partir de cento e oitenta dias contados da promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem a órgão do Poder Executivo competência assinada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa.

Ainda no âmbito da Carta Magna, corroboram a efetiva revogação de poderes legislativos outrora outorgados ao Executivo o artigo 22, incisos VI e VII, segundo os quais “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] VI – sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores”, bem como o artigo 48, inciso XIII, segundo o qual cabe ao Congresso Nacional, com a devida sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União e especialmente sobre matérias de ordem financeira, cambial e monetária, bem como sobre as instituições financeiras e suas operações.

Destarte, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, já não cabia ao Conselho Monetário Nacional, por meio de resoluções, regular assuntos referentes a instituições financeiras e suas operações.

Logo, é forçosa a conclusão de que a atual Constituição Federal não recepcionou a Lei n.º 4.595/65. Conseqüentemente, no que toca às instituições financeiras e suas operações, é “imperioso concluir, mesmo não sendo o entendimento manso e pacífico, que a Lei de Usura teria retornado ao cenário jurídico, voltando, desde 05 de abril de 1989 (180 dias após a promulgação da CRFB/88), a disciplinar a matéria”.¹⁷³

¹⁷² SCHONBLUM, op. cit., p. 252-253.

¹⁷³ SCHONBLUM, op. cit., p. 252-254.

Como suporte irrefutável de tais afirmações, o artigo 192, parágrafo 3º, da CF ainda dispõe expressamente:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre [...]. As taxas de juros reais, nelas incluídas as comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

O dispositivo acima, de redação clara e objetiva, teria por certo sepultado a discussão sobre limitação das taxas de juros no País, fixando-as definitivamente em 12% ao ano, caso não prevísse em seu texto a expressão “nos termos que a lei determinar”. Referida expressão deu, pois, ensejo a infundáveis discussões. Correntes doutrinárias e jurisprudenciais comungaram a idéia de que o artigo 192, parágrafo 3º, da CF não era auto-aplicável, necessitando, pois, de lei complementar que o regulamentasse; outras, porém, afirmaram que a auto-aplicabilidade do parágrafo 3º era explícita, e que sua eficácia não estava vinculada à edição de nenhuma lei, ordinária ou complementar.

Sobre a auto-aplicabilidade do artigo 192, parágrafo 3º, da CF, a própria análise do conteúdo do dispositivo denota que o texto contém todas as informações necessárias à sua adequada e imediata aplicação, inclusive no tocante à definição de juros reais e às comissões e remunerações por eles abrangidas.

José Afonso da Silva analisa também a estrutura da norma, a determinar, por si própria, sua imediata eficácia:

Se o texto em causa fosse inciso de artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem ferir a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata.¹⁷⁴

Em relação à expressão “nos termos que a lei determinar” e ao trecho do dispositivo constitucional ao qual ela se refere, Rui Portanova esclarece:

Não há negar, uma parte do § 3º do artigo 192 depende de regulamentação a ser editada em lei complementar. Contudo, esta parte não é aquela que se refere ao valor dos juros.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 758.

O § 3º está dividido em duas partes. Primeira, a que estabelece o conceito de juros reais; segunda, a que prevê punição criminal para quem ultrapassar o percentual fixado, “nos termos em que a lei determinar”.

A parte do dispositivo que condiciona a uma futura legislação, à evidência, é aquela de natureza penal do texto: o crime de usura. A parte de disposição criminal do parágrafo é que depende de lei regulamentadora.¹⁷⁵

Por fim, ainda que a eficácia do dispositivo constitucional estivesse condicionada à regulamentação por lei complementar ou ordinária, a nova lei teria necessariamente de considerar que parte do texto constitucional, qual seja, a que trata da limitação às taxas de juros reais, já se encontra disciplinada e exaurida, conferindo à norma eficácia absoluta. Lei complementar ou lei ordinária que viessem a regulamentar o parágrafo 3º do artigo 192 não poderiam, em nenhuma hipótese, infringir a limitação objetiva de 12% já devidamente estabelecida.¹⁷⁶

Entretanto, a mesma expressão “nos termos que a lei determinar” ensejou interpretação pela não auto-aplicabilidade da norma, considerando-se que, por necessitar de lei que determinasse parte de seu conteúdo, o parágrafo 3º do artigo 192 seria então uma norma de eficácia contida, de densidade normativa insuficiente para dar azo a sua aplicação imediata. O dispositivo seria dependente de norma infraconstitucional que lhe desse eficácia, de sorte que, até sua regulamentação, o parágrafo 3º do artigo 192 da CF seria inócuo.

Todas as discussões e argumentações a respeito da auto-aplicabilidade ou não do § 3º do artigo 192 da CF foram encerradas em 1991, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n.º 4, e finalmente consolidadas com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 40/2003.

3.1.1 A ADIn n.º 4 e a Emenda Constitucional 40

Apenas um dia após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o então Presidente da República, José Sarney, solicitou ao Consultor-Geral da República, Saulo Ramos, a elaboração de parecer sobre a aplicabilidade do artigo 192, parágrafo 3º, da CF. O parecer, de número SR-70, que opinou pela não-eficácia da referida norma constitucional e pela necessidade de regulamentação por meio de lei complementar, foi homologado pelo Presidente e publicado no *Diário Oficial da União* do dia 07 de outubro de 1988. No mesmo dia, o Banco Central do Brasil

¹⁷⁵ PORTANOVA, op. cit., p. 28-29.

¹⁷⁶ Ibid., p. 33.

notificou todo o Sistema Nacional, por meio da Circular n.º 1.365, que a taxa anual de juros prevista na CF ainda não estava restrita ao percentual de 12% em razão da necessidade de lei complementar que a regulamentasse.¹⁷⁷

Já em 19 de outubro de 1988, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), com amparo no artigo 103, inciso VIII, da CF, intentou Ação Direta de Inconstitucionalidade, autuada sob n.º 4-7, pleiteando medida cautelar de suspensão dos efeitos do ato normativo emanado do Presidente da República, que recém aprovara o parecer de seu Consultor-Geral sobre a taxa de juros. A medida cautelar foi indeferida com o argumento de inexistência do requisito do *periculum in mora*. A ação (conhecida como ADIn n.º 4), que teve por relator o ministro Sydney Sanches, foi julgada improcedente por maioria de votos (6 a 4), no dia 07 de março de 1991.¹⁷⁸

De acordo com o voto do relator, ministro Sydney Sanches, não seria possível “admitir que a norma do § 3º explicitando outra matéria relacionada ao sistema financeiro nacional, como taxa de juros, e fixando o modo como nela deveria ser tratada, pudesse desprender-se do *caput*, que, para tudo, exige lei complementar”.¹⁷⁹

A tese da auto-aplicabilidade do parágrafo 3º do artigo 192 da CF teve acolhida dos ministros Paulo Brossard, Carlos Velloso e Marco Aurélio, que fundamentaram sua posição no fato de que tal dispositivo tinha elementos bastantes para imperar independentemente de lei complementar e de que a ressalva “nos termos que a lei determinar” se referia unicamente à necessidade de lei ordinária para regular a punição cabível ao crime de usura, representado pela cobrança de taxas de juros reais acima do limite de 12% ao ano, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito.¹⁸⁰

Apesar dessa clara posição dos três ministros, o STF, na contra-mão dos anseios sociais e da própria historicidade legislativa da limitação de juros, decidiu pela não auto-aplicabilidade da norma constitucional e pela necessidade de sua regulamentação infraconstitucional, por meio de lei complementar.

Posteriormente, inúmeras propostas de alteração do parágrafo 3º do artigo 192 foram apresentadas e amplamente discutidas, “até que, em 29 de maio de 2003,

¹⁷⁷ PORTANOVA, op. cit., p. 26.

¹⁷⁸ Ibid., p. 26-27.

¹⁷⁹ SCAVONE JUNIOR, **Juros no direito brasileiro**, p. 207.

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Juros bancários: limites e possibilidades**. 1. ed. (2001), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 47-49.

foi promulgada a Emenda Constitucional n. 40/2003, resultante da Proposta de Emenda 53, de 1999, do então Senador José Serra”.¹⁸¹

Promulgada a Emenda Constitucional n.º 40/2003¹⁸², que alterou o Sistema Financeiro Nacional modificando a redação do artigo 192, para suprimir seu parágrafo terceiro, esvaziou-se tanto a questão relativa à eficácia quanto a questão da limitação constitucional dos juros.¹⁸³

O artigo 2º da EC 40/03 estabelece a seguinte redação para o artigo 192 da CF:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que dispõem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. [...] § 3º - (Revogado).

Em 13 de outubro de 2003, de forma claramente intempestiva, o STF editou a Súmula n.º 648, que encerrou definitivamente a controvérsia: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”.

O que se observa com a promulgação da EC n.º 40/2003 é que as instituições financeiras passaram a gozar de condição absolutamente distinta daquela conferida aos cidadãos comuns no que toca à limitação dos juros quando do empréstimo de capital. Considerando que o Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura) estabelecia a vedação da cobrança, em quaisquer contratos, de taxas de juros superiores a 12% ao ano; que o artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/65 atribuiu ao Poder Executivo a tarefa de limitar a taxa de juros, de descontos, de comissões e de qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros; e que desde a edição da Súmula n.º 596 pelo STF as disposições do Decreto n.º 22.626 de 1933 não mais se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional, pode-se dizer que aos particulares a limitação prevista no

¹⁸¹ TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 118.

¹⁸² Como analisa Sidnei Turczyn, “A aprovação da emenda foi possibilitada pela onda de reformas prometida pelo novo governo, que assumiu a presidência da República em janeiro de 2003, e pela pressão no que dizia respeito à necessidade de redução das taxas de juros, tendo sido tal emenda apresentada como condição para que se pudessem introduzir as alterações necessárias a essa finalidade”. (op. cit., p. 118).

¹⁸³ SCHONBLUM, op. cit., p. 257.

Decreto n.º 22.626/33 permanece em pleno vigor. Como adverte Alcio Manoel de Sousa Figueiredo:

Na verdade, o cidadão comum que emprestar dinheiro e cobrar juros acima do limite estabelecido em nossa legislação está sujeito a responder pelo crime de usura, além de ser declarada nula de pleno direito a cláusula ou a avença que estabeleceu juros acima de 1% ao mês ou de 12% ao ano.

Já para o Sistema Financeiro Nacional, diga-se os Bancos, não existe limite, ou seja, os integrantes do Sistema Financeiro Nacional aplicam as taxas de juros que entendem corretas, sem qualquer restrição, limites ou impossibilidades.¹⁸⁴

De fato, os benefícios outorgados pela legislação às instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional, em detrimento dos particulares, são manifestos e violam até mesmo princípios constitucionais, como o da isonomia. Entretanto, muito embora inexista limite concreto às taxas de juros cobradas pelo Sistema Financeiro Nacional, esse não é assunto pacífico na nossa legislação, como deixam evidente ao menos três dispositivos do CDC aplicáveis à cobrança de juros: o artigo 6º, inciso V, que estabelece ser direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; o artigo 39, inciso V, que veda ao fornecedor exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, e o inciso IV do artigo 51, que determina a nulidade de pleno direito de cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas; que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou, ainda, que sejam incompatíveis com a boa-fé e com a equidade.

Já há, pois, diretrizes a serem observadas pelas instituições financeiras no tocante à estipulação das taxas de juros nos contratos bancários firmados com os consumidores, previstas no CDC e também no CC.

3.1.2 Juros no Código Civil de 2002

O CC estabelece em seu artigo 406 que quando os juros moratórios não forem convencionados ou o forem sem, todavia, conter taxa estipulada ou ainda quando forem oriundos de determinação da lei serão fixados “segundo a taxa que

¹⁸⁴ FIGUEIREDO, **Juros bancários**: limites e possibilidades, p. 54.

estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

Já o artigo 591 do CC prevê que “destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

Por não haver previsão de qualquer taxa na primeira parte do artigo 406, é forçoso presumir que o mútuo está condicionado à taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

De qualquer forma, os juros de mora ou mesmo ou juros referentes ao mútuo deixam de ter limitação fixa e passam a acompanhar a variação da taxa estipulada para pagamento daqueles oriundos de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Via de regra, no Direito Tributário os juros moratórios observam a taxa de 1% ao mês, como estabelecem o *caput* e o parágrafo 1º do artigo 161: “Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta [...]. § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”.

Porém, é plausível o entendimento de que a lei de fato dispõe de modo diverso, determinando em alguns dispositivos a aplicação da taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), fixada mensalmente pelo Comitê de Política Monetária (Copom), órgão vinculado ao Banco Central do Brasil. A taxa Selic está prevista no artigo 84 da Lei n.º 8.981/95, cuja redação foi alterada pelo artigo 13 da Lei n.º 9.065/95, restando determinado que os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, serão acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa Selic para títulos federais. Também o parágrafo 4º do artigo 17 da Lei n.º 9.779/99 estabelece que as prestações do parcelamento concedido ao contribuinte serão acrescidas de juros equivalentes à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

Quanto à constituição da taxa Selic, sua determinação “leva em conta, por exemplo, o crescimento ou recuo das exportações, a oferta de crédito, os indicadores de consumo e faturamento do comércio e fatores externos, como, por exemplo, a taxa de juros fixada pelo Banco Central norte-americano”.¹⁸⁵

¹⁸⁵ SCAVONE JUNIOR, **Juros no novo direito privado brasileiro**, p. 546.

Veja-se o que diz Luiz Antonio Scavone Junior, ao tratar da taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, prevista no artigo 406 do Código Civil de 2002,

Essa taxa, atualmente, não pode ser outra senão a taxa de juros estabelecida no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, para a mora no pagamento de Impostos, ou seja, 1% ao mês.

Poder-se-ia redargüir, afirmando que o § 1º, do art. 161, do Código Tributário Nacional, permite expressamente que lei determine outra taxa, como é o caso da taxa Selic, que, por essa razão, seria legal.

Todavia, não nos parece que essa seja a conclusão verdadeira.

Não se pode deslembrar que, a teor do que dispõe o art. 34 do ADCT, o Código Tributário Nacional foi recepcionado como lei materialmente complementar pela Constituição Federal de 1988.

Se assim é, jamais leis ordinárias, como são as leis que instituíram a taxa Selic – Leis n. 8.981/95 e n. 9.779/99 -, poderiam se sobrepor ao comando de lei materialmente complementar.

Assim, a lei para modificar a taxa de 1% determinada pelo art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional, teria que ter, obrigatoriamente, natureza complementar.

Em suma, a taxa de juros legais moratórios do Código Civil, nos termos do seu art. 406, é a taxa de 1% do art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.¹⁸⁶

Também argumenta Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer que a Selic não deve ser vinculada aos juros de mora ou aos juros referentes ao mútuo, por diversas razões entre as quais “a) ser ela um misto de juros e correção monetária; b) não poder ser previamente conhecida, gerando insegurança jurídica”.¹⁸⁷

Sobre esse segundo aspecto, comenta o autor que a Circular 2.900/99 do Banco Central do Brasil define taxa Selic como “a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), para títulos federais”, o que comprova a ausência de determinação sólida quanto ao seu valor. Destarte, não se prestaria a Selic a regular contratos bancários ou contratos de consumo em geral, por afrontar princípios básicos do CDC, como o princípio da informação. Conseqüentemente, conclui o autor que:

[...] a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional trata-se da taxa prevista no parágrafo 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, restando então limitados os juros

¹⁸⁶ Ibid., p. 548-549.

¹⁸⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Disciplina dos juros no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 183.

moratórios e os juros do mútuo com fins econômicos ao percentual de 12% (doze por cento) ao ano.¹⁸⁸

Finalmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Enunciado 20, aprovado por unanimidade na Jornada I de Direito Civil, em 13 de setembro de 2002 – lembrando-se que o Código Civil de 2002 e a Jornada I de Direito Civil são anteriores à promulgação da Emenda Constitucional n.º 40/2003 –, deliberou:

A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês. A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano.¹⁸⁹

Entretanto, apesar de bastante razoável o Enunciado 20 da Jornada I de Direito Civil do STJ quanto à interpretação do artigo 406, afastando a incidência da taxa Selic para determinar a aplicação do limite previsto no artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês – ou 12% (doze por cento) ao ano –, o próprio STJ não tem aplicado tais conclusões aos contratos de mútuo.

De acordo com o STJ, a especialidade da Lei n.º 4.595/1964 – que atribuiu ao Conselho Monetário Nacional o dever de estipular limite para as taxas de juros – já era reconhecida pelo STF desde a apreciação da aplicabilidade da Lei de Usura aos contratos do Sistema Financeiro Nacional em face da limitação dos juros. Logo, o artigo 406 do CC, sendo geral, não se aplica às relações reguladas pela lei de modo especial.¹⁹⁰

Nesse contexto, em que os tribunais pátrios, especialmente o STJ, buscam parâmetros passíveis de aplicação para estipular taxas de juros – e, conseqüentemente, configurar onerosidade excessiva a autorizar revisão contratual –, chegou-se à utilização da “taxa média de mercado” divulgada pelo Banco Central do Brasil.

¹⁸⁸ PFEIFFER, op. cit., p. 183-184.

¹⁸⁹ NERY JUNIOR, **Código civil comentado e legislação extravagante**, p. 365.

¹⁹⁰ É o que se extrai do voto proferido no REsp 680237/RS, Recurso Especial 2004/0111518-2, relator ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Segunda Seção, Data do Julgamento 14/12/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 15.03.2006 p. 211.

3.1.3 Taxa Média de Mercado do Banco Central do Brasil

Ante a atual inexistência de norma que estabeleça limites concretos à aplicação dos juros nos contratos bancários ou que constitua linha divisória entre juros abusivos e juros considerados aceitáveis para tal sorte de contratação, o STJ tem utilizado como parâmetro para aferir onerosidade excessiva a autorizar revisão contratual a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil.¹⁹¹

A orientação do STJ encontra-se inclusive consolidada por meio da Súmula 296, de 09 de setembro de 2004, segundo a qual “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”.¹⁹²

Percebe-se, pois, que a taxa média de mercado tem sido utilizada por nossos tribunais como verdadeira baliza para avaliar onerosidade excessiva: sempre e quando as taxas de juros bancários estipuladas contratualmente pelas instituições financeiras forem iguais ou inferiores à taxa média de mercado, não haverá onerosidade excessiva ao consumidor e conseqüentemente restará inviabilizada a revisão contratual; do contrário, a taxa contratual superior à taxa média de mercado deverá sofrer adequação para que passe a ela se equiparar.

Importante frisar, contudo, que a aplicação de um único critério a todas as contratações bancárias não parece a forma mais adequada para aferir num primeiro momento eventual onerosidade excessiva. Impende igualmente analisar, entre

¹⁹¹ Como demonstram os seguintes julgados: Processo AgRg no REsp 935231/RJ, Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0064387-0, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 21/08/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 29.10.2007 p. 271; Processo AgRg no REsp 899287/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0237480-5, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 01/03/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 07.05.2007 p. 334; Processo REsp 627511/GO, Recurso Especial 2004/0013338-7, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 13/12/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 06.03.2006 p. 393; Processo AgRg no Resp 858004/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0116870-1, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 17/10/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 13.11.2006 p. 273; Processo AgRg no REsp 688627/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0126521-3, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 17/03/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 23.05.2005 p. 302, LEXSTJ vol. 190 p. 184; Processo AgRg no REsp 702629/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0162310-0, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 16/08/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 12.09.2005 p. 343.

¹⁹² Tal posicionamento pode ter origem na já mencionada Resolução n.º 389/76 – editada após a Lei n.º 4.595/64 –, que estabeleceu que, a partir de 15 de setembro de 1976, as operações ativas dos bancos comerciais seriam realizadas a taxas de mercado.

outros diversos fatores, a situação concreta das partes contratantes e a expectativa de ambas com relação aos efeitos do contrato.

Além disso, como observam Antônio Carlos Efiging e Fernanda Mara Gibran no que concerne à composição da taxa média de mercado,

O Banco Central do Brasil divulga diariamente o valor da taxa básica de juros (Selic), bem como as tarifas cobradas pelas instituições financeiras. Logo, pode-se concluir que a taxa média de juros seria aquela praticada pelos bancos em determinado período. Desta forma, não existe por parte do Banco Central do Brasil uma divulgação de taxa média de mercado, mas de taxa média de operação realizada por determinada instituição financeira.¹⁹³

Aliás, o próprio Banco Central esclarece, quanto à tabela por ele divulgada, que “As taxas de juros representam a média do mercado e são calculadas a partir das taxas diárias das instituições financeiras ponderadas por suas respectivas concessões em cada data”.¹⁹⁴ Contudo a média entre as taxas praticadas pelas instituições financeiras para cada espécie de operação bancária não torna justo ou equânime, por si só, o resultado encontrado. O fato de as instituições financeiras adotarem determinada taxa de juros, variável em escala mínima para mais ou para menos – o que além do mais descaracteriza a existência de efetiva concorrência –, não afasta a excessiva onerosidade que tal taxa – a média entre as taxas praticadas – pode acarretar a determinado consumidor.

Nesse sentido, Antônio Carlos Efiging e Fernanda Mara Gibran reiteram:

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar a onerosidade excessiva nos contratos bancários com base na “taxa média de mercado”, desconsidera a realidade de que o sistema financeiro nacional possui a característica de quase uniformizar as taxas praticadas no mercado, o que não significa dizer que tais taxas podem ser tidas como taxas justas e a sua média não as tornará justas de maneira nenhuma, notadamente diante da constatação de que as taxas praticadas pelo sistema bancário e financeiro adotam como indexador a taxa Selic, que como já visto, é absolutamente ilegal.¹⁹⁵

Para esses autores, resposta legal à excessiva onerosidade nos contratos bancários, coerente com os preceitos consumeristas, encontra previsão no artigo 4º, alínea “b”, da Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei n.º 1.521/51), segundo a qual constitui crime de usura “obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando

¹⁹³ EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 63, 2007. p. 47.

¹⁹⁴ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>>. Acesso em: 09/1/2008.

¹⁹⁵ EFING; GIBRAN, op. cit., p. 49.

da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.¹⁹⁶

De fato, a Lei de Crimes contra a Economia Popular parece não ter sido revogada por qualquer dos dispositivos infraconstitucionais já analisados, nem ter sido sobrepujada pelas orientações do STF, mesmo porque não foi instituída para limitar taxa de juros, mas sim para restringir o lucro patrimonial das instituições financeiras de modo que, excluídos os custos de cada operação, o lucro auferido – nele já compreendidos não só os juros mas todos os encargos contratuais –, não ultrapasse 20% sobre o valor da prestação feita ou prometida.

Outra possibilidade para solucionar a inexistência de norma que estabeleça fronteira entre juros abusivos e juros aceitáveis é oferecida por João Paulo Fernandes Pontes, quando lembra que a taxa de juros do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), considerada baixíssima, é de 3% ao ano; que a taxa de juros da caderneta de poupança, considerada baixa, é de 6% ao ano, e que nos empréstimos concedidos por pessoas que não são instituições financeiras a taxa máxima de juros permitida é de 12% ao ano, nos termos do Decreto n.º 22.626/33. Propõe então o autor que taxas baixíssimas seriam de 0,25% ao mês, taxas baixas seriam de 0,50% ao mês e taxas médias seriam de 1% ao mês, numa progressão geométrica de base 2, visto que o número seguinte é sempre o número anterior multiplicado por 2. Assim, dando continuidade à progressão geométrica por ele concebida, juros de 2% ao mês seriam juros altos e de 4% ao mês seriam altíssimos, de sorte que acima de 4% ao mês, depois de descontada a taxa de inflação existente à época da celebração do contrato, os juros deveriam ser considerados abusivos e conseqüentemente nulos de pleno direito.¹⁹⁷

Enfim, a realidade brasileira demonstra que a ausência de limitação legal tem dado ensejo à estipulação de taxas de juros absolutamente abusivas, que oneram os contratos bancários e impedem que o consumidor possa adimplir obrigações contratadas. Taxas elevadíssimas são hoje consideradas aceitáveis pelo simples fato de representarem a média aplicada pelas instituições financeiras nos contratos bancários.

¹⁹⁶ Ibid., p. 48.

¹⁹⁷ PONTES, João Paulo Fernandes. Dos juros abusivos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, 2007. p. 215.

É preciso que se encontre parâmetro a orientar a estipulação dos juros, porquanto “os juros excessivos são funestos ao objetivo maior do direito: a paz social”.¹⁹⁸ De qualquer sorte, deve-se observar, como alerta Luiz Antonio Scavone Junior, que:

a) há interesse social na circulação de capitais; b) os juros constituem um meio eficaz para facilitar essa circulação e, por tal razão, são relevantes socialmente; c) os juros devem ser suportados pelas pessoas que gozam dos benefícios decorrentes do uso do capital. Todavia, a usura representa a cupidez privada que rouba o bem alheio, de tal sorte que a taxa de juros deve ser controlada e limitada pela sociedade que exerce, com todo rigor da justiça, o controle em prol do interesse comum.¹⁹⁹

Embora as altas taxas de juros certamente não sejam o único fator a macular os contratos bancários, tornando-os demasiadamente onerosos, a sua limitação constitui medida absolutamente relevante na tentativa de dar atendimento à função social das contratações bancárias.

3.2 CAPITALIZAÇÃO COMPOSTA DE JUROS

Além das altas taxas de juros impostas pelas instituições financeiras nos contratos bancários firmados com consumidores e avalizadas pelo STJ, o contrato bancário também se torna excessivamente oneroso ao consumidor quando são cobrados juros compostos.

Inicialmente, observe-se que o termo capitalização de juros não é sinônimo de juros sobre juros ou de juros compostos.²⁰⁰ Na verdade, de acordo com a ciência matemática, capitalização de juros pode ser classificada como simples e composta.²⁰¹

Luiz Antonio Scavone Junior elucida a diferença entre essas duas classes de capitalização de juros :

Existem duas maneiras de se calcular o valor dos juros: através do regime de capitalização simples e através do regime de capitalização composta. A

¹⁹⁸ SCAVONE JUNIOR, **Juros no novo direito privado brasileiro**, p. 540.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 209.

²⁰⁰ Não é esse, porém, o posicionamento de Arnaldo Rizzardo. Para esse doutrinador, capitalização de juros necessariamente pressupõe aplicação de juros sobre juros: “conhece-se, ainda, a capitalização de juros, que é a soma de seu montante ao capital, para efeito de produzir juros, isto é, corresponde à operação que envolve o cálculo de juros sobre juros, adicionados ao capital”. (**Contratos de crédito bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 239).

²⁰¹ SCAVONE JUNIOR, **Juros no direito brasileiro**, p. 147.

primeira é popularmente conhecida por juro simples e a outra por juro composto.

Conceitualmente, a capitalização simples é aquela na qual a taxa de juros incide somente sobre o capital, enquanto que, de modo diverso, na composta, a taxa de juros incide sobre o capital inicial e, também, sobre os juros acumulados até o período imediatamente anterior. Assim, é possível estabelecer que nos juros simples, a taxa varia linearmente em função do tempo e, nos juros compostos, varia exponencialmente em função do tempo.²⁰²

Em síntese, é possível afirmar que “capitalização de juros é gênero do qual são espécies: capitalização simples (ou linear) e capitalização composta (exponencial ou juros sobre juros)”.²⁰³

A capitalização simples, como visto, implica somente a incidência de juros sobre o capital inicial e não sobre valores acumulados. Essa não é, contudo, a espécie de capitalização praticada pelas instituições financeiras.

Sobre os contratos bancários, via de regra, incidem juros compostos, ou juros sobre juros.

O critério de capitalização composta indica um comportamento exponencial do capital ao longo do tempo, ou seja, o seu valor se altera como se fosse uma progressão geométrica. Nesse sistema, os juros são calculados sempre sobre um saldo acumulado, imediatamente precedente, sobre o qual já foram incorporados juros de períodos anteriores.²⁰⁴

Embora a capitalização composta de juros seja utilizada indistintamente pelas instituições financeiras, tal prática é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio desde 1850. O Código Comercial (Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850) já dispunha em seu artigo 253: “É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano”.

Posteriormente, o Código Civil de 1916, por meio de seu artigo 1.262, passou a permitir que as partes fixassem, em cláusula contratual expressa nos empréstimos de dinheiro ou de outras coisas fungíveis, juros abaixo ou acima da taxa legal prevista em seu artigo 1.062, com ou sem capitalização, aqui presumida a capitalização composta.

Já em 1933, com o Decreto 22.626/33, também denominado Lei de Usura – ainda em vigor –, a capitalização mensal de juros foi definitivamente banida dos

²⁰² SCHONBLUM, op. cit., p. 247.

²⁰³ SCAVONE JUNIOR, **Juros no direito brasileiro**, p. 148.

²⁰⁴ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS CONTÁBEIS ATUARIAIS E FINANCEIRAS. **Manual de controle operacional de sociedades de arrendamento mercantil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, apud CASADO, op. cit., p. 124.

contratos, nos termos de seu artigo 4º, que prescreve: “E proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”.

Aliás, a matéria já foi inclusive sumulada pelo STF, que em 13 de dezembro de 1963, no Enunciado 121, ratificou o disposto no Decreto 22.626/33, estabelecendo, no tocante aos juros compostos: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Decorridos trinta anos, o STJ, em atenção à legislação especial que regia a matéria, editou a Súmula 93, datada de 27 de outubro de 1993, que permitiu a pactuação da incidência de capitalização composta de juros somente sobre as cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

Finalmente, o Código Civil de 2002 confirmou a proibição da aplicação mensal de juros sobre juros ao dispor em seu artigo 591: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

Como visto, é possível concluir que a capitalização com periodicidade inferior à anual nos contratos de mútuo (Código Civil de 2002, art. 591) e nas demais hipóteses do art. 4º do Decreto 22.262/33 tenha sido expressamente vedada pelo legislador por afrontar o princípio da informação, impossibilitando que o consumidor ou contratante de modo geral possa compreender a progressão do montante ao qual se está obrigando, ou mesmo ter conhecimento do valor final devido à instituição financeira com a qual contratou crédito, bem como por desequilibrar a relação contratual, sujeitando o devedor ao desproporcional crescimento da obrigação em razão dos juros calculados de forma exponencial.²⁰⁵

A capitalização composta de juros, como alerta o doutrinador Arnaldo Rizzardo, somente poderia encontrar justificativa em economias instáveis, caracterizadas por altos índices inflacionários, responsáveis por desvalorização diária da moeda. Em obra datada de 1990, o autor defende a aplicação dos juros sobre juros pelas instituições financeiras nos contratos bancários, em razão do momento histórico vivido pelo país:

Diante da inflação existente, o dinheiro não pode ficar sem valorização a cada dia que passa. A potenciação tem a finalidade de evitar a perda do valor da moeda. No curso do mês, ou qualquer período, há o desgaste de nosso dinheiro. A capitalização tem o escopo de agregar ao capital um

²⁰⁵ SCAVONE JUNIOR, **Juros no direito brasileiro**, p. 158.

pequeno acréscimo a cada dia, fazendo frente à desvalorização verificada.²⁰⁶

Adiante, porém, o próprio autor reconhece que a inexistência de índices elevados de inflação e a estabilização da economia desautorizariam a cobrança de juros compostos pelas instituições financeiras: “A capitalização diária ou mensal é determinada em face da inflação. Se o poder aquisitivo do dinheiro se mantivesse mês a mês, tais medidas seriam desnecessárias”.²⁰⁷

Nessa perspectiva, a capitalização composta de juros não mais se justifica se considerada a estabilidade econômica instaurada no País. Hoje a aplicação de juros sobre juros, além de não encontrar respaldo no cenário político e econômico atuais, torna demasiadamente custosos os contratos bancários e excessivamente onerosas as obrigações contraídas pelo consumidor, inviabilizando seu adimplemento.

Além disso, as razões que ensejaram a edição de normas limitadoras dos juros sobre juros no Decreto 22.262/33 e no Código Civil de 2002, tais como a violação ao princípio da informação e o desequilíbrio da relação contratual bancária, foram corroboradas com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

Atualmente, a capitalização exponencial representa verdadeira transgressão a inúmeros princípios e regras insculpidos no CDC, tais como o princípio da boa-fé contratual e as determinações contidas no artigo 6º, inciso III – é direito básico dos consumidores a informação adequada e clara sobre os serviços, com especificação correta de características, preço, bem como sobre os riscos que apresentem –; no artigo 46 – os contratos que regulam as relações de consumo não podem ser redigidos de modo que dificultem a compreensão de seu sentido e alcance, sob pena de não obrigar o consumidor – e no artigo 54, parágrafo 3º – os contratos de adesão, especificamente, devem ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

3.2.1 Medida Provisória 2.170-36, de 23 de agosto de 2001

Em 14 de dezembro de 1988 foi editada pelo Poder Executivo a Medida Provisória (MP) n.º 1.782, que trata da administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá

²⁰⁶ RIZZARDO, op. cit., p. 242.

²⁰⁷ Ibid., p. 244.

outras providências. Em sua décima sétima edição, em 30 de março de 2000, sob nº 1.963-17/2000, essa MP alterou o entendimento até então vigente sobre capitalização de juros e passou a admiti-la com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.²⁰⁸

O *caput* do artigo 5º da MP n.º 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o n.º 2.170-36/2001, de 23 de agosto de 2001, dispõe que: “Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”. E nos termos do parágrafo único do mencionado dispositivo legal, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor, sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, por meio de planilha de cálculo que disponha de forma clara, precisa e de fácil compreensão o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.

No entanto, consoante o entendimento de Luiz Antonio Scavone Junior, é duvidosa e também discutível a constitucionalidade do artigo 5º da MP n.º 1.963-17/2000 (hoje reeditada sob o nº 2.170-36/2001), que pretende autorizar a aplicação do anatocismo às instituições financeiras. Sustenta o autor que, ao editar medidas provisórias, o Presidente da República submete seu conteúdo à apreciação do Congresso Nacional. Ocorre que as medidas provisórias têm, necessariamente, caráter excepcional e emergencial e devem observar pressupostos de relevância e urgência. O simples fato de se reeditar dezenas de vezes uma medida provisória, como ocorreu com a MP n.º 1.782/1998, reeditada trinta e seis vezes até o momento, já constitui evidente irregularidade. Além disso, o artigo 5º da MP n.º 1.963-17/2000 introduz matéria absolutamente estranha aos propósitos da MP n.º 1.782 – a qual trata da administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional e não guarda nenhuma relação com a liberação do anatocismo, de único e exclusivo interesse do Sistema Financeiro.

Resta, portanto, clara a ilegalidade do artigo 5º da MP n.º 1.963-17/2000, porquanto afronta o inciso II do artigo 7º da Lei Complementar 95/98, que

²⁰⁸ SCHONBLUM, op.cit., p. 248-249.

estabelece: “[...] a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.²⁰⁹

Além da manifesta ausência de correlação entre o conteúdo da MP n.º 1.782/1998 e o teor do artigo 5º nela inserido por meio da Medida Provisória n.º 1.963-17/2000, Luiz Antonio Scavone Junior ainda apresenta outros argumentos para comprovar a inconstitucionalidade da MP em comento. De acordo com o autor, se o Sistema Financeiro Nacional – estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem – será regulado por leis complementares nos termos do artigo 192 da CF²¹⁰, jamais uma questão a ele atinente poderia ter sido tratada naquela décima sétima edição da MP n.º 1.782, mormente para aprovar cobrança de juros capitalizados pelas instituições financeiras. Admitir a liberação do anatocismo por meio de medida provisória seria aceitar por legítima a completa intromissão do Poder Executivo no Poder Legislativo, em afronta à divisão de Poderes, supedâneo do Estado Democrático de Direito.²¹¹

Não obstante o sólido fundamento em que se apoiou o autor, é possível encontrar na doutrina entendimentos em sentido contrário. À guisa de exemplo cite-se Márcio Mello Casado.

Casado, primeiro, arrola críticas à MP n.º 1.963-17/2000: diz que é norma de difícil compreensão porque, ao mesmo tempo em que dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional e consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto, também estabelece no artigo 5º regra geral sobre a contagem de juros sobre juros em todas as operações de crédito, sem exceção; que considera incompreensível o fato de que “o artigo 5º, que libera a capitalização de juros, somente foi inserido na décima sétima reedição da Medida Provisória n.º 1.782”; e, finalmente, que tal medida provisória “em nada atende aos requisitos constitucionais de relevância e urgência, pois a contagem de juros sobre juros já é vedada no Brasil há mais de 150 anos, no Código Comercial”.²¹² Depois, apesar de reconhecer tais incoerências, sustenta que a capitalização de juros seria válida se atendidos determinados requisitos estabelecidos pelo CDC para a redação de cláusulas contratuais nos instrumentos sujeitos à legislação consumerista:

²⁰⁹ SCAVONE JUNIOR, **Juros no direito brasileiro**, p. 231-232.

²¹⁰ Consoante redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003.

²¹¹ SCAVONE JUNIOR, **Juros no direito brasileiro**, p. 233.

²¹² CASADO, *op. cit.*, p. 122.

Tal qual ocorre com as operações regidas pela Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça, as novas liberdades de cláusulas fixadas pelas medidas provisórias deverão, para ter poder vinculante, que se preocupar com o conceito de *pacto*. O *Pacto*, à luz do CDC, das Medidas Provisórias e da Súmula 93 do STJ, para gerar efeitos, terá que conter: a) redação clara e de fácil compreensão; b) informações completas acerca das condições pactuadas e seus reflexos no plano do direito material; c) redação com informações corretas, claras, precisas e ostensivas, sobre as condições de pagamento, juros, encargos, garantia; d) em destaque, a fim de permitir sua imediata e fácil compreensão, as cláusulas que implicarem limitação de direito.²¹³

Muito embora o artigo 62 da CF tenha sofrido consideráveis modificações com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, passando a conter doze parágrafos que estabelecem de forma detalhada as limitações e os procedimentos a serem observados na edição de medidas provisórias e tratando inclusive sobre as matérias que poderiam ser reguladas por meio do referido instrumento normativo, o certo é que as medidas provisórias anteriores à promulgação dessa Emenda Constitucional continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, como estabelece seu artigo 2º.

Por tal razão, apesar de afrontar manifestamente dispositivos constitucionais, como alerta Luiz Antonio Scavone Junior, bem como de violar normas expressas contidas no CDC, a capitalização de juros em tese autorizada pelo artigo 5º da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, ainda tem sido admitida nos contratos bancários por parte dos tribunais pátrios e de doutrinadores como Márcio Mello Casado, que reconhece a afronta de tal instituto a toda uma construção jurisprudencial, mas entende possível e mesmo provável a sua conversão em lei, “mercê da política protecionista que o atual governo federal imprime em favor das instituições financeiras”.²¹⁴

Por oportuno, cumpre ressaltar que em 19 de setembro de 2000, o Partido Liberal, atualmente denominado Partido da República, ajuizou perante o STF a ADIn 2316, que tem por objeto o malfadado artigo 5º da Medida Provisória à época reeditada sob número 1.963-22. A ação, distribuída ao ministro Sydney Sanches, encontra-se em curso, tendo sido colhidos, até o presente momento, os votos dos eminentes ministros Sydney Sanches e Carlos Velloso, pelo deferimento da cautelar.

²¹³ Ibid., p. 140-141.

²¹⁴ CASADO, op. cit., p. 121.

Já em 29 de novembro de 2006, a Presidência do STF proferiu despacho devolvendo os autos à mesa do Plenário para continuidade do julgamento do feito.

3.3 CUMULAÇÃO DE ENCARGOS CONTRATUAIS COMO CORREÇÃO MONETÁRIA, COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E MULTA MORATÓRIA

A correção monetária foi inicialmente disciplinada pela Lei n.º 6.423/77, que previu sua utilização com base na variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico. Posteriormente, a Lei n.º 6.899/81 determinou em seu artigo 1º a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisões judiciais, inclusive sobre custas e honorários advocatícios; nos parágrafos seguintes, estabeleceu que nas execuções de títulos de dívida líquida e certa a correção deve ser calculada a contar do respectivo vencimento dos títulos e nos demais casos o cálculo deve ser feito a partir do ajuizamento da ação.

Já o Decreto n.º 86.649, de 25 de novembro de 1981, que regulamentou a Lei n.º 6.899/81, prevê que em dívidas líquidas e certas a correção monetária mencionada no artigo 1º da Lei n.º 6.899/81

[...] será calculada multiplicando-se o valor do débito pelo coeficiente obtido mediante a divisão do valor nominal reajustado de uma Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) no mês em que se efetivar o pagamento (dividendo) pelo valor da ORTN no mês do vencimento do título (divisor), com abandono dos algarismos a partir da quinta casa decimal, inclusive.

Em síntese, é possível afirmar que a correção monetária não constitui um *plus*²¹⁵, mas simples manutenção do valor de compra (ou poder aquisitivo) pela variação de um índice de preços que reflete o acréscimo (inflação) ou decréscimo (deflação) dos preços no mercado.²¹⁶ Diante da oscilação do valor de compra, e visando a evitar enriquecimento ilícito, “foram adotadas cláusulas de escala móvel

²¹⁵ Correção monetária também não se confunde com juros, como alerta Luiz Antonio Scavone Junior: “É importante observar que os juros – frutos civis que espelham ganho real – não se confundem com a correção monetária, o que se afirma na exata medida em que esta é, portanto, o efeito dos acréscimos ou decréscimos dos preços e, em decorrência, a modificação do poder aquisitivo da moeda. Se assim o é, a correção monetária também espelha um percentual. Todavia, esse percentual representa, apenas, a desvalorização da moeda e não lucro – rendimento ou fruto civil – que é característica do juro, remuneração de capital e, bem assim, um acréscimo real ao valor inicial”. (**Juros no direito brasileiro**, p. 279-280).

²¹⁶ *Ibid.*, p. 279.

nos contratos, ou cláusulas de correção monetária, que fazem com que o valor nominal varie de acordo com os índices inflacionários representados por percentuais aplicados aos valores devidos”.²¹⁷

O CDC trata da correção monetária expressamente quando estabelece no parágrafo único do artigo 42 que “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”, e implicitamente quando trata de vício do produto e do serviço, facultando ao consumidor a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (art. 18. § 1º, inc. II; art. 19, inc. IV e art. 20, inc. II). É prevista ainda a atualização monetária da quantia paga nos casos em que o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade (art. 35, inc. III); desrespeitar os limites oficiais no caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços (art. 41), e, finalmente, quando do exercício do direito de arrependimento (§ único do art. 49).

Por constituírem os casos mencionados no CDC ato ilícito cometido pelo fornecedor de produtos ou serviços (com exceção do parágrafo único do artigo 49), a correção monetária incide a partir do evento danoso, nos termos do artigo 398 do CC.

No tocante aos contratos bancários, a correção monetária decorre da mora do consumidor, devendo, portanto, ser computada da constituição em mora, independentemente da propositura de ação judicial, de acordo com o artigo 395 do CC. Contudo, cumpre frisar que a cobrança de encargos ilegais pelo credor descaracteriza a mora do devedor, como reiteradamente tem decidido o STJ.²¹⁸

²¹⁷ Id.

²¹⁸ A exemplo dos seguintes julgados: AgRg no REsp 988878/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0223893-2, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do Julgamento 14/11/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 28.11.2007 p. 223; AgRg no REsp 941994/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0080565-4, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do Julgamento 14/11/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 28.11.2007 p. 219; AgRg no REsp 985679/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0213906-1, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 06/11/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 10.12.2007 p. 397; EDcl no REsp 977231/MS, Embargos de Declaração no Recurso Especial 2007/0200526-2, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 23/10/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 12.11.2007 p. 236; AgRg no Ag 825135/SC, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/0234377-7, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do Julgamento 18/10/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 31.10.2007 p. 324; AgRg no REsp 980038/RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0196427-1, Relator

A comissão de permanência, por sua vez, decorre do artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/64, segundo o qual compete ao Conselho Monetário Nacional, “limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil”.

Para o autor Celso Araújo Guimarães, a comissão de permanência constitui, pois, uma forma de retribuição do mútuo e de atualização do capital mutuado, da qual podem contratualmente valer-se as instituições financeiras durante o período de inadimplência. É, como a correção monetária, mais uma garantia à disposição das instituições financeiras para adequada atualização do capital mutuado. Porém as duas verbas são inacumuláveis, visto que a comissão de permanência já traz em si um fator de atualização monetária.²¹⁹

Essa é também a posição de Arnaldo Rizzardo:

A correção monetária não remunera o capital, mas apenas assegura a sua identidade no tempo. Da mesma forma, a comissão de permanência tem evidente caráter de atualização da dívida, sendo cobrada com base na Lei 4.595, cujo art. 30 regula o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa.²²⁰

Nesse sentido, por meio da Súmula 30, o STJ, em 18 de outubro de 1991, consolidou o entendimento de que a comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis. A orientação parece bastante razoável, porquanto a cumulação de duas verbas que representam atualização de capital configuraria verdadeiro *bis in idem*, como assevera Arnaldo Rizzardo:

Nos contratos, em geral, consta a exigência de taxas de expediente, ou de remuneração, e dos juros, que têm verdadeira natureza remuneratória. Estes encargos que surgem amiúde recompensam o capital durante o prazo de duração da dívida. Formam o preço do contrato, especialmente os juros, ao passo que a comissão de permanência tem natureza compensatória pelo atraso no pagamento. Da mesma forma, a correção monetária visa corrigir o valor monetário, ou assegurar a identidade da moeda. Nos dois institutos, identifica-se a sua razão de ser. Não interessa o rótulo. Em geral, as taxas de ambos coincidem. A cumulação redundaria em dupla atualização da medida de valor, ou em duplicação de moeda, ocorrendo um verdadeiro *bis*

Ministro Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 09/10/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 10.12.2007 p. 396.

²¹⁹ GUIMARÃES, Celso Araújo. Comissão de permanência. In: SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA, 1988, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Juruá, 1988. p. 73-74.

²²⁰ RIZZARDO, op. cit., p. 232-233.

in idem, com o empobrecimento do devedor e o enriquecimento do credor.²²¹

Já, consoante o entendimento de Luiz Antonio Scavone Junior, a comissão de permanência não constitui correção monetária, visto que não é capaz de medir a desvalorização da moeda. Para o autor, a comissão de permanência tem natureza de juro e “nada obsta sua utilização como taxa de juros prevista nos contratos, substituindo os juros compensatórios, mesmo que cumulados com juros moratórios, vez que admitimos tal cumulação em razão da gênese distinta”²²², de sorte que não é admissível a utilização da comissão de permanência como índice substitutivo da correção monetária.

Nessa perspectiva, o autor assevera que também não refletem a desvalorização da moeda, além da comissão de permanência, a Taxa Referencial de Juros (TR) e a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP). Sobre a TR, diz ele:

[...] não se trata de índice econômico, que reflete a variação dos preços na economia, mas de índice financeiro, que espelha taxa de juros (taxas pagas pelos CDB's – Certificados de Depósitos Bancários). Clara a sua natureza, inferência que se extrai do art. 7º da Lei 8.218/91, que determinou sua aplicação a título de juros moratórios.²²³

E sobre a TJLP:

[...] como o nome sugere, é taxa de juros e não de correção. Sua apuração é baseada nos CDB's e RDB's, que representam custo de captação de recursos pelas instituições financeiras. Portanto, igualmente não presta a atualizar monetariamente valores devidos por não espelhar a desvalorização monetária.²²⁴

A utilização de qualquer das taxas mencionadas sob a falsa rubrica de correção monetária junto com taxa de juros configuraria, então, aplicação de juros sobre juros, vedada pelo ordenamento jurídico.

Márcio Mello Casado, por sua vez, considera abusiva a cumulação de comissão de permanência e multa, ilegal a cobrança de comissão de permanência cumulada com correção monetária e ilegal a própria cobrança da comissão de permanência em si, em detrimento da correção monetária e dos juros legais. Citando acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, o autor destaca que

²²¹ Ibid., p. 234.

²²² SCAVONE JUNIOR, **Juros no direito brasileiro**, p. 319.

²²³ Ibid., p. 293-294.

²²⁴ SCAVONE JUNIOR, **Juros no direito brasileiro**, p. 322-323.

pela permanência do dinheiro com o cliente as instituições financeiras têm a seu favor multa e juros. Contra a inflação, há a correção monetária. Assim, a denominada comissão de permanência não teria causa ou qualquer amparo jurídico.²²⁵

Quanto às multas moratórias fixadas nos contratos bancários, dispõe o parágrafo 1º do artigo 52 do CDC: “As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”.

A multa de mora tem, na verdade, “natureza de cláusula penal moratória, e constitui medida coercitiva ou intimidativa, objetivando reforçar o vínculo obrigacional e mesmo prefixar as perdas e danos advindos do inadimplemento”.²²⁶

Originalmente, o dispositivo comentado autorizava a cobrança de multa moratória na proporção de 10% (dez por cento) sobre o total da prestação em atraso. Com o advento da Lei 9.298/96, de 1º de agosto de 1996, que conferiu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 52 do CDC, as multas por inadimplemento ou atraso no cumprimento de obrigações não poderão ser superiores a 2% (dois por cento).²²⁷

Finalmente, cabe lembrar que em manifesta alusão ao princípio da informação previsto no artigo 4º, inciso IV, do CDC, o artigo 52 do mesmo dispositivo estabelece que no fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor (observe-se que tanto outorga de crédito como concessão de financiamento são os principais objetos dos contratos bancários) deverá a instituição financeira fornecedora, entre outras obrigações, informar o consumidor prévia e adequadamente sobre o preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional, “vedada a contratação em moeda estrangeira ou com base em outro fator de indexação, ainda que previsto em índices oficiais”.²²⁸

²²⁵ CASADO, op. cit., p. 165-166.

²²⁶ RIZZARDO, op. cit., p. 246.

²²⁷ Adverte Nelson Nery Junior: “O objetivo da norma foi limitar a cláusula penal moratória a 2% do valor da prestação, não sendo aplicável aos contratos de consumo o art. 412 do Código Civil, que estabelece o máximo da cláusula penal como sendo o valor da prestação”. (**Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 627).

²²⁸ Ibid., p. 624.

Cabe também à instituição financeira ou ao profissional bancário, financeiro ou de crédito que a represente, informar o consumidor sobre o montante dos juros de mora e da taxa anual de juros sobre os acréscimos legalmente previstos e sobre o número e a periodicidade das prestações, para que ele possa entender qual percentual de sua renda familiar restará comprometido com o crédito obtido e avaliar se de fato terá meios de arcar com o crédito, evitando dessa forma sua inadimplência e o superendividamento. Caberá ainda ao fornecedor informar o consumidor sobre a soma total a pagar, com e sem financiamento do montante principal, possibilitando a este verificar se o parcelamento lhe é mais ou menos vantajoso.²²⁹

Em suma, é possível observar que os contratos bancários são caracterizados por excesso de encargos contratuais que oneram demasiadamente seu adimplemento pelo consumidor. Além disso, o excesso de garantias contra eventual inadimplência multiplicam o valor principal do débito, impossibilitando por completo a quitação da dívida. Como analisa o doutrinador Arnaldo Rizzardo,

No momento da liquidação das obrigações, vê-se o prestatário do empréstimo às voltas com inúmeros itens e encargos, exigíveis sob os mais diversos rótulos, que duplicam ou triplicam a obrigação principal assumida, como juros capitalizados, comissão de permanência, verba honorária, multa contratual, imposto, taxa de administração ou expediente, correção monetária, tudo cumulado, traduzindo uma carga de compromissos que leva à inadimplência necessariamente.²³⁰

Logo, o que o CDC pretende é limitar a cobrança indiscriminada de encargos contratuais, responsáveis pela excessiva onerosidade que macula os pactos de natureza bancária e impossibilita o adimplemento contratual pelos consumidores.

3.4 PROVA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Presente a onerosidade excessiva na contratação bancária avençada entre instituição financeira fornecedor e consumidor e indiscutível a aplicabilidade do CDC à relação jurídica entabulada, torna-se imperativa a correta análise da distribuição

²²⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 772.

²³⁰ RIZZARDO, op. cit., p. 11.

das cargas probatórias no deslinde da ação judicial ajuizada visando ao restabelecimento da comutatividade contratual, a fim de que se alcancem os efetivos anseios de justiça e equilíbrio entre as partes litigantes.

É nesse patamar que reside o ônus da prova, seja como instrumento vital de auxílio ao Poder Judiciário na busca de provimentos judiciais que correspondam à verdade dos fatos alegados, seja como forma de permitir às partes que desenvolvam e apresentem os argumentos que lhes sejam interessantes. “Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim pode esperar sentença favorável, o ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga conseqüências favoráveis”.²³¹

Dando conta das noções de ônus da prova, Luiz Rodrigues Wambier tece as seguintes considerações:

Uma das questões que mais tem merecido atenção, nos modernos estudos da doutrina processual civil, é a que diz respeito ao ônus da prova.

[...]

Se se utilizar uma postura dogmática eminentemente individualista - que é a conduta tradicional em que se baseia toda a formulação do Código de Processo Civil – o ônus da prova será visto como um encargo de que se deve desincumbir exclusivamente a parte interessada (autor ou réu, respectivamente, nos termos dos incs. I e II do art. 333), restando ao Juiz, nesse campo, um secundaríssimo papel no campo probatório, decorrente da aplicação do art. 130 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo de lei assim dispõe: *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

[...]

A partir do moderno enfoque da amplitude de acesso à justiça, por outro lado, o ônus de provar é encarado como algo que é de responsabilidade de todos os sujeitos processuais, principalmente porque, nas hipóteses de hipossuficiência da parte, deixar a seu exclusivo encargo o desempenho de atividades de que não pode se desincumbir representa menoscabo ao princípio da amplitude de acesso à justiça.²³²

A extrema relevância da distribuição da carga probatória atinge tanto a atividade do magistrado quanto a atuação das partes no processo. Diz-se, portanto, que o ônus da prova assume incidência tanto no âmbito subjetivo quanto no objetivo, este dizendo respeito à valoração ou à liberdade de apreciação da prova a ser feita

²³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) . **Curso avançado de processo civil**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. p. 446.

²³² WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 157-159.

pelo juiz no momento de proferir a decisão, concernente aos elementos probatórios trazidos pelas partes, sobretudo em caso de perdurar dúvida. O ônus da prova subjetivo, por sua vez, é a prerrogativa atribuída às partes de trazer ao conhecimento do juiz todos os meios de prova que entendam interessantes para a defesa de suas alegações, na tentativa de fazê-las subsistir sobre as da parte adversa.²³³

Para tanto, o Código de Processo Civil (CPC), por meio do artigo 333, estabeleceu regra geral para a distribuição da carga probatória entre os litigantes:

O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essa regra tem origem em várias teorias que visavam estabelecer normas para a distribuição do ônus da prova, teorias essas que, todavia,

[...] não são idôneas para servir de critério geral, deixando sem solução inúmeros casos. Ao estabelecer que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo e ao réu a do impeditivo, modificativo ou extintivo, não se indica critério para a qualificação de certo fato dentro dessas categorias.²³⁴

A partir de tais considerações, percebeu-se a necessidade de, em alguns casos, fugir à regra geral prevista no CPC, para possibilitar efetiva comprovação dos fatos articulados pelas partes. Isso porque se evidenciou em certas ocasiões um natural desequilíbrio entre elas, o que ocasionava imensa dificuldade para o detentor do ônus em provar o que lhe era por lei determinado.

Buscando atendimento ao princípio da isonomia consagrado no artigo 5º, inciso I da CF tendo em vista a desigualdade existente entre os participantes da lide, o CDC reconheceu a necessidade de facilitação da defesa dos direitos dos consumidores, por meio de seu artigo 6º, inciso VIII, que dispõe:

São direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

²³³ Ibid., p. 157-158.

²³⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 129.

Como se vê, um dos instrumentos disponibilizados pelo CDC para a facilitação da defesa dos interesses dos consumidores é a inversão do ônus probatório a seu favor, instituto cuja relevância é destacada por Carlos Roberto Barbosa Moreira: “Uma das mais importantes inovações processuais do Código de Defesa do Consumidor reside na possibilidade, prevista em seu art. 6º, VIII, de o juiz determinar, no processo civil, a inversão do ônus da prova”.²³⁵

Portanto, no que concerne também à prova da onerosidade excessiva, parece claro que o consumidor não dispõe dos meios necessários para produzir a prova que, pela regra geral do sistema processual, a ele incumbiria. Como não raras vezes ocorre nas contratações bancárias, ele nem sequer recebe cópia do instrumento contratual que assinou. E mesmo se tem acesso às condições impostas pela instituição financeira por meio do contrato de adesão por ela formulado, o consumidor não compreende o sentido ou o alcance das obrigações assumidas, em razão dos inúmeros encargos contratuais impostos cujos índices, quando não omitidos por completo, são redigidos de forma obscura, com expressões confusas e termos que dificultam sua interpretação, o que tornam a ele consumidor vulnerável por presunção legal.

Como decorrência direta de ausência de boa-fé e de afronta ao princípio da informação, os contratos bancários concebidos em tais moldes acabam por acarretar excessiva onerosidade ao consumidor, que, em razão disso e sem alternativa, recorre ao Poder Judiciário para obter modificação ou revisão das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais.

Se por um lado, a desproporcionalidade da contratação e sua excessiva onerosidade constituem condições ensejadoras de grave perturbação ao consumidor, a ponto de lhe tornar intangível o cumprimento de sua prestação nos termos inicialmente avençados – e portanto aferíveis somente tendo em vista a sua real situação, o que induziria à conclusão de que sua prova houvesse de ser produzida por ele próprio consumidor –; por outro lado, é certo que apenas o banco fornecedor tem conhecimento sobre todas as condições contratuais ajustadas, sobre a forma como são aplicados as taxas e os índices por ele estabelecidos e sobre os demais aspectos técnicos que naturalmente envolvem as contratações bancárias.

²³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, 1997. p. 135.

Por essa razão, determinou o legislador, no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, que – uma vez presente um dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, quais sejam, hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações – é imperativa a inversão do ônus, com o que é transferido ao fornecedor o dever de provar que o adimplemento contratual não se mostra excessivamente oneroso ao consumidor e que as condições contratuais por ele estabelecidas não ocasionam desequilíbrio, isentando-se assim de proceder à modificação ou à revisão das cláusulas contratuais primeiramente ajustadas.

3.4.1 Inversão do ônus da prova

O objetivo característico do instituto da inversão do ônus da prova previsto no CDC é a procura da efetividade da justiça por meio da intervenção do Estado no flagrante desequilíbrio existente entre as partes, consumidor e fornecedor, proporcionando-lhes igualdade de condições em juízo. Nesse sentido, estabeleceu o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, como direito básico dos consumidores, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Como expressamente estabelece o dispositivo legal mencionado, para que o juiz conceda inversão do ônus da prova é necessária a presença de qualquer dos requisitos enumerados, quais sejam, hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações. Note-se que a partícula “ou” deixa claro que não é imperiosa a presença de ambos os requisitos, mas somente a de um deles.

Para que haja verossimilhança nas alegações, é preciso que os fatos aduzidos pelo consumidor estejam carregados de carga considerável de probabilidade de direito a seu favor.

Ao tratar da carga de verdade adjeta ao instituto da verossimilhança, José Eduardo Carreira Alvim observa:

[...] quem buscar, pela primeira vez, o sentido dessa expressão - *verossimilhança* - formará sobre ela um juízo equivalente ao de ‘aparência de verdade’, e não deixará de estar certo, porque, no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil (do latim *verosimile*), que

significa semelhante à verdade; que tem a aparência de verdade; que não repugna à verdade; ou '*provável*'.²³⁶

Os elementos probatórios devem, pois, apresentar-se ao magistrado não sob a forma de prova concreta, mas de mera probabilidade

[...] de tal modo que se lhe afigure provavelmente verdadeira a alegação do consumidor. A verossimilhança o juiz extrairá dos indícios, fatos alegados e provados, no processo, dos quais se possa deduzir, com base no que ordinariamente acontece, a ocorrência de outro fato, este, todavia, não provado.²³⁷

O que se percebe é que o conceito de verossimilhança, um dos requisitos suficiente isoladamente para averiguação da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, entremeia-se aos conceitos de aparência de verdade e probabilidade.²³⁸ E a simples confirmação de serem as alegações verossímeis denota a imperatividade da concessão de tal benefício em favor do consumidor, em virtude de as normas de natureza cogente do CDC dispensarem análise cognitiva por parte do magistrado em relação ao conteúdo probatório.

Ao juiz também não é dada prerrogativa de sopesar subjetivamente os argumentos quando verossímeis, para averiguar se há interesse ou não na inversão do ônus da prova. Isso porque as normas do CDC, por serem de ordem pública e interesse social, têm natureza cogente, o que retira do magistrado a possibilidade de afastar a aplicação de suas normas quando presentes os requisitos legais.

No tocante ao requisito da hipossuficiência, cabe esclarecer, inicialmente, que consoante o entendimento de José Geraldo Brito Filomeno, trata-se de termo empregado no Direito do Trabalho com a conotação de pobreza econômica ou falta de meio para acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em determinado conflito de consumo.²³⁹

Já para Luiz Antonio Rizzatto Nunes, para fins de inversão do ônus da prova, hipossuficiência não significa inferioridade econômica, mas técnica. De acordo com o autor, esse termo no texto do artigo 6º, inciso VIII, do CDC

[...] tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco,

²³⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 102.

²³⁷ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 135.

²³⁸ CARREIRA ALVIM, op.cit., p. 102.

²³⁹ FILOMENO, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 156.

de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.²⁴⁰

Também para Antonio Gidi, “O principal aspecto que desponta no contexto da inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, no que diz com a produção probatória, está na desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade deste”.²⁴¹

A hipossuficiência de que fala o referido texto legal reside, então, na dificuldade que tem o consumidor de obter as provas necessárias à demonstração dos fatos por ele alegados, a qual “pode decorrer de particularidades do próprio procedimento probatório (como o desaparecimento de vestígios do fato a impossibilitar a prova técnica) ou ainda porque o fornecedor detém a tecnologia ou as informações necessárias inerentes à sua atividade”.²⁴²

O instituto da inversão do ônus da prova tem por finalidade específica facilitar a defesa dos direitos dos consumidores. Em sendo esse o objetivo da norma, a inversão deverá ser aplicada sempre que um valor correr risco. Não com a finalidade de onerar o fornecedor, mas para restabelecer o equilíbrio na relação de consumo, porquanto o consumidor se encontra em posição de inferioridade ante o fornecedor, não apenas mas também no que diz respeito à prova de suas alegações.²⁴³

No tocante ao momento processual oportuno para que o magistrado determine a inversão do ônus da prova, não há nenhuma manifestação do legislador no CDC, expressa ou tácita, acerca do tema, e alguma polêmica tem sido criada em torno da questão. Contudo, a doutrina tem entendido conveniente que a inversão se dê tão logo o magistrado se convença, e se manifeste, sobre a presença de um dos requisitos autorizadores – verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor –, o que pode ser feito já com a análise da petição inicial e da peça contestatória. Conforme leciona Antônio Carlos Efiging:

Entendemos que para a preservação da estabilidade da relação processual e equilíbrio entre os litigantes, o juiz deve, na primeira oportunidade, (seja no despacho inaugural, seja no saneador) declarar sub judice a relação de consumo, a aplicação do CDC e a inversão do ônus da prova, que tal

²⁴⁰ NUNES, **Curso de direito do consumidor**, p. 740.

²⁴¹ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, 1995. p. 36.

²⁴² GUTH, Débora Maria. A inversão do ônus da prova no direito do consumidor. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). **Direito do consumo**. Curitiba: Juruá, 2001. v. 1. p. 67.

²⁴³ GUTH, op. cit., p. 67.

declaração se dê no momento do saneamento do processo, oportunidade em que, não obtida a conciliação, serão fixados os pontos controvertidos e determinadas as provas a serem produzidas (CPC, art. 331, § 2º).²⁴⁴

Também para Luiz Antonio Rizzatto Nunes,

[...] o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento.²⁴⁵

De fato, como salienta o autor, não há razão para que o magistrado se manifeste acerca da inversão somente por ocasião da sentença, já que o intuito da inversão não é surpreender as partes.

Finalmente, quanto ao custo da prova, uma vez determinada a inversão do ônus, deve ser também determinada a inversão do custo da prova. A quem cabe produzir a prova deve também ser imputado o dever de pagar por ela. Parece ilógica a idéia de que em um microsistema protecionista como o CDC pudesse o magistrado inverter o ônus da prova em favor do consumidor, buscando colocar os litigantes sob um mesmo patamar – equilibrando assim a relação jurídica e processual entre as partes –, e determinar ao consumidor que arcasse com as despesas ou honorários periciais.

Conforme atesta Rizzatto Nunes: “Uma vez determinada à inversão, o ônus econômico da inversão da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário, estará se dando com uma mão e tirando com a outra”.²⁴⁶

É semelhante o posicionamento de Antônio Carlos Efing:

[...] não há como se fazer a distinção de inversão do ônus e não inversão dos custos da prova (como, por exemplo, dos honorários periciais etc.). Uma vez operada a inversão (que decorre de norma de ordem pública e não de mera discricionariedade do juiz), há que se impor ao fornecedor também os custos da prova.²⁴⁷

Todavia, nos casos em que o magistrado determinar a inversão do ônus da prova e não impuser ao fornecedor o dever de pagar por ela, poderá ser o próprio fornecedor o maior prejudicado. Isso porque, com a inversão do ônus, caberá a ele

²⁴⁴ EFING, **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 115.

²⁴⁵ NUNES, **Curso de direito do consumidor**, p. 743.

²⁴⁶ NUNES, **Curso de direito do consumidor**, p. 744.

²⁴⁷ EFING, **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 115.

produzir provas visando à comprovação da inexistência de ameaça ou violação aos direitos do consumidor tutelados pelo ordenamento jurídico. Invertendo o magistrado o ônus da prova, mas, em contrapartida, atribuindo ao consumidor a obrigação de custeá-la, não realizando este o pagamento das custas periciais, a prova deixará de ser produzida. Neste caso, o fornecedor, a que incumbia o ônus da prova, terá inadimplido seu dever processual e assim aceitado tacitamente por verdadeiras todas as alegações do consumidor sobre as quais não fora produzida prova em sentido contrário.

3.5. SUPERENDIVIDAMENTO

Quando que se analisa os contratos bancários, a concessão de crédito e os institutos que rotineiramente desequilibram as prestações contratuais tornando o contrato excessivamente oneroso ao consumidor e não raras vezes impedindo o seu adimplemento, tem-se a exata noção da extensão dos efeitos das contratações bancárias na sociedade.

Por consistirem os contratos bancários em típicos contratos de adesão ou contratos em massa, cláusulas contratuais desproporcionais ou que estabelecem obrigações “iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”²⁴⁸, não atingem consumidores individualmente considerados, mas grupos sociais inteiros.

Daí por que a revisão contratual e os institutos processuais que facilitam a defesa do consumidor em juízo constituem importantes fatores de reequilíbrio contratual, de consecução dos objetivos do contrato e de cumprimento de sua função social. Porém, corriqueiramente o volume de contratações bancárias em diferentes instituições financeiras e o montante total de valores assumidos pelo consumidor, agregados à má-fé com que atua grande parte dos bancos – atraindo consumidores com a promessa de crédito fácil e posteriormente impondo-lhes condições contratuais inexecutáveis –, têm impossibilitado até mesmo a composição dos débitos contraídos.

Não se trata de culpar o consumidor pela obtenção inseqüente ou imprudente do crédito. Aliás, “a idéia de que quem recorre ao crédito o faz quase

²⁴⁸ Nos termos do artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

sempre para satisfazer despesas supérfluas, obedecendo ao princípio do prazer imediato, está muito associada à expansão do crédito ao consumo, mas não corresponde à realidade na maioria dos casos”.²⁴⁹ Na maior parte das vezes, o crédito constitui verdadeira complementação de renda e elemento necessário à subsistência do consumidor e/ou de sua família.

Também não se pretende, com isso, censurar a concessão do crédito em si. O endividamento dos consumidores não é problema em si mesmo. Quando ocorre num contexto de crescimento econômico, de estabilidade do emprego, e principalmente quando não atinge camadas sociais cujo rendimento familiar se aproxima do limiar de pobreza, o endividamento constitui apenas um processo de antecipação de rendimentos, que contribui para o aumento do bem-estar das famílias. O endividamento só se transforma em problema quando ocorre inadimplemento, agravando-se sobremaneira a situação quando os rendimentos do ente familiar não fazem frente aos seus compromissos financeiros, ou seja, quando o endividamento se torna superendividamento.²⁵⁰

Como o inadimplemento está diretamente relacionado à onerosidade dos contratos por meio dos quais o crédito é concedido, uma expressiva parcela da origem do endividamento e, via de regra, do superendividamento é atribuível às instituições financeiras, que, valendo-se da premente necessidade do consumidor, vinculam-o ao adimplemento de encargos excessivos e a cláusulas contratuais nulas, obrigando-o a comprometer parte de sua renda sem a qual não pode manter-se.

Nessa esteira, o endividamento conduz, facilmente, ao caminho do superendividamento, que se refere “às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não o possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis”.²⁵¹

Não obstante a seriedade do problema e o alarmante número de consumidores brasileiros que se encontram em situação de superendividamento, ainda não

²⁴⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítor; FRADE, Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coord.). **O endividamento dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 19.

²⁵⁰ MARQUES; NEVES; FRADE; LOBO; PINTO; CRUZ, op. cit., p. 2.

²⁵¹ Id.

há na legislação brasileira norma especificamente destinada ao seu tratamento. Com efeito,

[...] sabe-se que as medidas preventivas são necessárias, mas não suficientes para enfrentar este flagelo social denominado superendividamento. É preciso salvar o náufrago do crédito. É preciso cuidar, tratar, curar a pessoa superendividada, regularizando a sua situação financeira, resgatando a sua cidadania econômica. Em última análise, lutando contra a exclusão social.²⁵²

Ante a omissão do legislador, institutos como o da a insolvência civil²⁵³ e principalmente as normas do CDC têm se prestado à regulação da matéria:

O tratamento específico do crédito ao consumidor e das situações de superendividamento se inserem na política mais ampla de proteção jurídica do consumidor, e como tal adota igualmente seus métodos e sua lógica: trata-se de fenômenos da sociedade de massas, que afetam não só o interesse individual, mas igualmente o interesse coletivo dos consumidores, e enquanto tal exigem ao mesmo tempo medidas de caráter preventivo (A) e medidas de caráter curativo (B).²⁵⁴

Destarte, para o endividamento e para o superendividamento causados, entre outros fatores, por condições contratuais desproporcionais e pela excessiva onerosidade dos contratos bancários, devem ser adotadas medidas preventivas e reparadoras por meio de um efetivo controle das cláusulas contratuais e das práticas do sistema bancário e financeiro.

²⁵² COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

²⁵³ A insolvência civil pode ser real ou presumida. A insolvência real, nos termos do artigo 955 do Código Civil e do artigo 748 do Código de Processo Civil, ocorre sempre que “as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”. Já a insolvência presumida ocorre mediante a verificação de dois requisitos, consoante dispõe o artigo 750 do Código de Processo Civil: quando o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora, ou quando seus bens forem apreendidos judicialmente”.

²⁵⁴ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 163.

4 O CONTROLE JURÍDICO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

4.1 FORMAS DE CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Desde a entrada em vigor do CDC, suas regras e princípios têm sido gradativamente compreendidos e aplicados pelos operadores do direito, que assim têm condições de proteger os interesses dos consumidores.

No universo das operações bancárias não tem sido diferente. A proteção ditada ao consumidor cresce e se consolida à medida que se descortinam ilegalidades traduzidas em cláusulas abusivas, onerosas, que acarretam lesão ao consumidor nas relações bancárias.²⁵⁵

Considerados a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso, as cláusulas abusivas e as condições contratuais que se mostram excessivamente onerosas para o consumidor são nulas de pleno direito e não produzem efeitos jurídicos, por terem a validade e a eficácia tisonadas diante das disposições do CDC. Desse modo, se com base nos incisos do art. 51 do CDC, nas portarias editadas pela Secretaria de Direito Econômico (vinculada ao Ministério da Justiça) ou mesmo na análise do caso concreto for identificado abuso a macular a condição contratual ajustada, ela é excluída do contrato bancário, dando vez à renegociação e à readequação do conteúdo geral do pacto no restabelecimento da igualdade.²⁵⁶

A modificação dos contratos por meio de revisão contratual – de que fazem uso os consumidores vítimas de excessiva onerosidade – tem sido o principal instrumento de restabelecimento da equidade contratual e de consecução do ideal de justiça nas relações jurídicas de natureza bancária. Entretanto, revisão contratual não é a única alternativa possível para controle jurídico da onerosidade dos contratos bancários e para limitar a imposição de cláusulas contratuais consideradas abusivas pelas instituições financeiras.

De acordo com o que estabelece o artigo 6º, inciso VII, do CDC, é direito básico dos consumidores “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos

²⁵⁵ ABRÃO, op. cit., p. 487.

²⁵⁶ Ibid., p. 479.

necessitados”. Destarte, não só a via judicial, por meio da qual se opera a revisão contratual, mas também a via administrativa constitui importante fator no controle das cláusulas contratuais ensejadoras da onerosidade excessiva, mormente no que diz respeito a contratos bancários.

Consoante a lição de Nelson Nery Junior,

[...] uma das formas de tutela contratual do consumidor é a que se realiza mediante o controle das cláusulas gerais dos contratos. Esse controle pode ser efetivado administrativamente ou pela via judicial. Tanto num como noutro caso, o controle pode ser abstrato ou concreto.²⁵⁷

O controle da onerosidade excessiva nos contratos de consumo pode ser realizado *in concreto* quando se tratar de caso específico de relação de consumo já concluída ou finalizada, ou de modo abstrato, quando realizado sobre as cláusulas contratuais gerais, antes mesmo de receberem a adesão do consumidor.²⁵⁸

Necessário se faz, pois, analisar os principais sistemas de controle de cláusulas contratuais por meio das quais são estabelecidas prestações desproporcionais ou determinantes de excessiva onerosidade, quais sejam: administrativo e judicial.²⁵⁹

4.2 CONTROLE ADMINISTRATIVO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

O próprio CDC estabelece, no artigo 55 e parágrafo 1º, que a União, os Estados e o Distrito Federal, em suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços e exercerão a fiscalização e o controle do mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar dos consumidores.

E de acordo com os termos do parágrafo 4º do artigo 55 do CDC, “os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial”.

²⁵⁷ NERY JUNIOR, **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 532.

²⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. O processo civil no código de defesa do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, p. 27. 1991.

²⁵⁹ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 233.

Infrações às normas de defesa do consumidor sujeitam os fornecedores à aplicação, pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, de inúmeras sanções administrativas, tais como multa, suspensão temporária de atividade e intervenção administrativa, aplicáveis cumulativamente, sem prejuízo daquelas de natureza civil e penal e das definidas em normas específicas, como dispõe o artigo 56 do CDC e seu parágrafo único.

Como analisa Antônio Carlos Efiging,

[...] apesar de o Código de Defesa do Consumidor ser bem claro quanto à repressão das práticas abusivas mais freqüentemente detectadas nas relações bancárias de consumo, o Decreto 2.181/97 estabeleceu as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078/90.²⁶⁰

Assim, nos termos do artigo 22 do Decreto 2.181/97, será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que se utilizar de cláusula abusiva, inclusive nas operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento, e especialmente quando, por exemplo, “estabelecer obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inciso IV); quando fizer uso de cláusulas que permitam direta ou indiretamente ao fornecedor variação unilateral do preço, dos juros, dos encargos contratuais, da forma de pagamento ou da atualização monetária (inciso IX) ou de cláusulas que onerem excessivamente o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares à espécie (inciso XVI).²⁶¹

Especificamente no tocante aos contratos de adesão, como os contratos bancários, o Decreto 2.181/97, em seu artigo 22, inciso XXII, veda a redação de tais instrumentos contratuais que não atenda a certos requisitos, como

[...] termos claros, caracteres ostensivos e legíveis, que permitam sua imediata e fácil compreensão, destacando-se as cláusulas que impliquem obrigação ou limitação dos direitos contratuais do consumidor, inclusive com

²⁶⁰ EFING, **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**, p. 254.

²⁶¹ Referidas infrações já se encontravam previstas no artigo 51, incisos IV e X, e parágrafo 3º, inciso III do CDC, respectivamente. Assim, o Decreto 2.181/97, nessas hipóteses, somente disciplinou detalhadamente as sanções cabíveis à utilização de referidas condições abusivas.

a utilização de tipos de letra e cores diferenciados, entre outros recursos gráficos e visuais.²⁶²

Tal dispositivo faz clara alusão ao princípio da informação, porquanto estabelece, tacitamente, que o consumidor deverá compreender integralmente o conteúdo do contrato bancário pactuado, para que possa ter ciência de todas as condições contratuais às quais se está obrigando.

Referidas práticas e outras previstas ao longo do texto do Decreto 2.181/97 devem ser apuradas por meio de processo administrativo, iniciado mediante ato por escrito da autoridade competente, lavratura de auto de infração ou reclamação, que poderá ser apresentada pessoalmente pelo consumidor ou por qualquer meio de comunicação a quaisquer dos órgãos oficiais de proteção e defesa do consumidor, como prevêm os artigos 33 e 34 do mencionado Decreto.

Instaurado processo administrativo, a instituição financeira fornecedora será notificada para que, querendo, apresente defesa, a qual será seguida pelo efetivo julgamento da reclamação e pela aplicação das sanções administrativas cabíveis, sujeitas a recurso.²⁶³

Finalmente, o parágrafo único do artigo 22 estabelece que, dependendo da gravidade da infração cometida prevista no próprio artigo 22 e em outros dispositivos do Decreto 2.181/97, a pena de multa poderá ser cumulada com outras sanções, ainda mais severas²⁶⁴, sem prejuízo da competência de outros órgãos administrativos.

O controle administrativo das cláusulas contratuais consideradas abusivas ou onerosas pode ainda ser feito mediante instauração pelo Ministério Público de inquérito civil (nos termos do artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei n.º 7.347/85, aplicável às ações fundadas no CDC por incidência do seu art. 90) ou mediante providências no âmbito da administração pública relativamente às atividades por ela fiscalizadas ou controladas.²⁶⁵

²⁶² Tal dispositivo também traduz o teor dos parágrafos 3º e 4º do artigo 54 do CDC.

²⁶³ EFING, **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**, p. 255.

²⁶⁴ Sanções essas previstas nos incisos do artigo 18 de Decreto, quais sejam: "II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa e XII - imposição de contrapropaganda".

²⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 532.

4.2.1 A atuação do Ministério Público e dos órgãos de defesa do consumidor

O Ministério Público é instituição permanente e autônoma, indispensável à função jurisdicional do Estado, e órgão ao qual incumbe, por expressa previsão constitucional, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nessa perspectiva, como não poderia deixar de ser, pretendeu o legislador registrar no texto do CDC as tarefas atribuíveis ao Ministério Público na defesa dos consumidores, especialmente no tocante ao controle das cláusulas contratuais gerais consignadas nos contratos de adesão, em atenção à competência constitucional do *parquet* para defender os interesses sociais e individuais indisponíveis e também a ordem jurídica, aqui compreendido o sistema de proteção e defesa do consumidor.

Assim, a redação originalmente dada ao artigo 51, parágrafo 3º, do CDC, permitia que o Ministério Público, mediante inquérito civil, efetuasse o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais; além disso, atribuía caráter geral às suas decisões. O parágrafo 5º do artigo 54, por sua vez, determinava, no tocante aos contratos de adesão, que cópia do formulário-padrão fosse remetida ao Ministério Público, para que este pudesse, mediante instauração de inquérito civil, efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais nele constantes.

Contudo, ambos os dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, sob a justificativa de que as atribuições neles contidas afrontariam o artigo 128, parágrafo 5º, da CF, que reserva para lei complementar a regulação inicial das atribuições e da organização do Ministério Público, de sorte que lei ordinária federal, como a de n.º 8.078/90, não estaria apta a disciplinar tal matéria. Além disso, o controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente poderia ser confiado ao Poder Judiciário, em obediência ao artigo 5º, inciso XXXV, da CF. Assim, a outorga de competência ao Ministério Público para realizar o controle abstrato de cláusulas contratuais escaparia às funções e atribuições a ele outorgadas pelo legislador constituinte e previstas nos artigos 127 e 129 da CF.²⁶⁶

Também o parágrafo único do artigo 83 previa, de maneira expressa, a competência do Ministério Público para ajuizamento de ações objetivando o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais.

²⁶⁶ Como esclarece a Mensagem n.º 664, de 11 de setembro de 1990.

O dispositivo foi igualmente vetado, incluindo-se neste caso às razões do veto o argumento de que a multiplicidade de entes legitimados à propositura de ação visando ao controle abstrato e preventivo de cláusulas gerais possibilitaria a instauração de excessivo volume de processos de controle abstrato, e de que tal fato constituiria séria ameaça à segurança jurídica. Seria, então, suficiente para disciplina da matéria, o disposto no parágrafo 4º do artigo 51 do CDC, que faculta a qualquer consumidor ou às entidades que o representem requerer ao Ministério Público o ajuizamento da ação cabível visando à declaração de nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto no CDC ou que de qualquer forma não assegure justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.²⁶⁷

Apesar de o parágrafo 3º do artigo 51 e o parágrafo 5º do artigo 54 do CDC, que atribuiriam ao Ministério Público o controle administrativo prévio de cláusulas abusivas, terem sido vetados, como também o foi o parágrafo único do seu artigo 83, que permitiria o ajuizamento de ação visando ao controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais – não apenas pelo Ministério Público, mas também pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; pelas entidades e órgãos da Administração Pública, pelas associações especificamente destinadas à defesa dos interesses e direitos dos consumidores –, e de tais vetos transmitirem a impressão de que igualmente a possibilidade de controle prévio e abstrato de cláusulas abusivas teria sido vetada, tal controle ainda é possível.²⁶⁸

Portanto – seja abstrato, seja concreto – o controle administrativo de cláusulas nos contratos bancários de consumo será realizado por meio do inquérito civil.

O controle abstrato faz-se sempre que chegar ao conhecimento do Ministério Público a existência de cláusula potencialmente abusiva em formulário-padrão da administração pública ou de qualquer fornecedor particular, irrelevante tenha havido ou não contrato de adesão com base no referido formulário.²⁶⁹

Nessa hipótese, o Ministério Público instaura inquérito civil para averiguar a legalidade da cláusula contratual questionada. Se ao final do processo verificar que a cláusula contratual objeto de investigação é de fato abusiva e portanto nula de pleno direito, poderá então ajuizar ação civil pública com fulcro na Lei n.º 7.347/85

²⁶⁷ Esclarecimentos igualmente previstos na Mensagem n.º 664, de 11 de setembro de 1990.

²⁶⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 147.

²⁶⁹ NERY JUNIOR, **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 533.

(Lei da Ação Civil Pública), objetivando o controle judicial do contrato e a exclusão da cláusula abusiva do formulário-padrão ofertado ao consumidor.²⁷⁰

É o que prevê o parágrafo 1º do artigo 8º da Lei n.º 7.347/85, que faculta ao Ministério Público instaurar inquérito civil, sob sua presidência, ou requerer a qualquer organismo público ou particular certidões, informações, exames ou perícias, que poderão posteriormente instruir petição inicial da ação civil pública.

Por sua vez, é previsto controle concreto de cláusulas contratuais quando um interessado, com base em relação jurídica de consumo já formalizada, deduz reclamação em qualquer órgão de proteção ao consumidor, que pode então provocar o Ministério Público a instaurar inquérito civil para apuração dos fatos.²⁷¹

Finda a apuração pelo Ministério Público, ele poderá efetivamente ajuizar ação civil pública ou, se concluir pela inexistência de suporte para a propositura da ação, providenciar de maneira fundamentada o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, nos termos do artigo 9º da Lei da Ação Civil Pública.

Sendo portanto o inquérito civil, embora instaurado pelo Ministério Público, passível de ser impulsionado pelos órgãos de proteção ao consumidor, fica evidente a importância da atuação dos Programas de Orientação e Proteção ao Consumidor (Procons), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – regulado pelas Leis 4.137/62, 8.158/91 e 8.884/94 – e da Secretaria Nacional de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça. Tais órgãos não só atuam no esclarecimento de dúvidas dos consumidores e na orientação sobre suas prerrogativas legais, como também, quando possível, auxiliam a composição dos casos envolvendo cláusulas contratuais abusivas ou onerosas e, ante a impossibilidade de composição, provocam a atuação do Ministério Público até a final solução da controvérsia.

4.2.2 O Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional

Avaliada a atuação do Ministério Público no que tange ao controle administrativo por meio do inquérito civil e às cláusulas contratuais abusivas ou aptas a ensejar excessiva onerosidade ao consumidor, cabe analisar a segunda forma de controle administrativo – aquela decorrente da faculdade que tem a administração pública de, por meio de decretos, portarias e outros atos administrativos,

²⁷⁰ NERY JUNIOR, O processo civil no código de defesa do consumidor, p. 26-27.

²⁷¹ NERY JUNIOR, **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 533.

fiscalizar e regulamentar padrões de conduta a que estão sujeitos todos aqueles que exerçam atividade controlada e fiscalizada pelo Poder Público.²⁷²

Nesse sentido, é possível concluir que o Banco Central do Brasil (Bacen), enquanto entidade da administração pública indireta, fiscaliza e regulamenta as atividades desenvolvidas pelos administrados na prestação de serviços controlados e fiscalizados pelo Poder Público, aqui abrangidos os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitários.

Portanto, no que concerne ao dever dos órgãos administrativos de apurar reclamações e aplicar as respectivas sanções legalmente previstas, observa-se a possibilidade de o consumidor (pessoa física ou jurídica) dos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários recorrer ao Bacen, órgão que, como visto, detém competência e dever legal para desenvolver tal mister.²⁷³

O Banco Central do Brasil é autarquia federal criada pela Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, cujo artigo 1º estabelece que o Sistema Financeiro Nacional é composto, dentre outros, pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pelas instituições financeiras públicas e privadas. Ao Banco Central compete privativamente, como determina o artigo 10, inciso IX, da referida Lei, “exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas”.²⁷⁴

E a entrada em vigor do CDC não tornou menos relevante a atuação do Banco Central em relação à fiscalização da atividade desenvolvida pelas instituições financeiras ou ao controle de cláusulas contratuais:

Com a criação do sistema legal de proteção e defesa do consumidor, tal dever não foi reduzido. Ao contrário, houve, sim, a ampliação do rol de sanções administrativas aplicáveis aos prestadores de serviços bancários e financeiros e a normatização dos procedimentos necessários ao resguardo das garantias constitucionais.

Ademais, a criação de órgãos específicos de defesa do consumidor não exclui a competência do Banco Central, que tem competência vinculada,

²⁷² NERY JUNIOR, **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 534.

²⁷³ EFING, **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**, p. 252.

²⁷⁴ Neste sentido, no ano de 2001, o Banco Central do Brasil editou a Resolução 2878, conhecida como Código do Consumidor Bancário, que estabeleceu, por meio de normas bastante semelhantes às do CDC, procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.

descabendo a tomada de decisões discricionárias, quanto à instauração e prosseguimento de processo administrativo até final decisão.²⁷⁵

Dessa forma, é possível concluir que, além do Ministério Público e de outros órgãos de proteção e defesa dos consumidores, compete ao Banco Central do Brasil exercer o controle e a fiscalização das instituições financeiras e dos serviços por elas ofertados, apurando reclamações e aplicando as sanções administrativas cabíveis previstas pelo sistema de proteção e defesa dos consumidores, especialmente as dispostas no artigo 55 do CDC e no artigo 22 do Decreto 2.181/97.²⁷⁶

Aliás, fiscalização mais direta das instituições públicas e privadas e saneamento do mercado são, no fundo, atividades que deveriam ser priorizadas pelo Banco Central, mas cuja difícil missão demandaria operacionalidade e capacitação técnico-profissional.²⁷⁷ Todavia, falta de estrutura, por si só, não pode constituir óbice ao correto e efetivo exercício das obrigações que legalmente incumbem ao Bacen. É inclusive “perfeitamente ponderável admitir uma espécie de responsabilidade objetiva, que situa a presença do Banco Central na condução de sua política e na tomada de decisões que prejudiquem o mercado em geral e o consumidor individualmente”.²⁷⁸

No tocante a regimento interno do Sistema Financeiro Nacional, cabe ao Banco Central, de modo geral, cumprir as prescrições legais e as normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional no que diz respeito à política financeira.²⁷⁹

Assim, o Conselho Monetário Nacional, também criado pela Lei n.º 4.595/64, tem por principal atribuição formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País (artigo 2º). Compete-lhe ainda, privativamente, dentre outras funções, disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas (artigo 4º, inciso VI), bem como limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros (artigo 4º, inciso IX).

²⁷⁵ Ibid., p. 255-256.

²⁷⁶ EFING, **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**, p. 256-257.

²⁷⁷ ABRÃO, op. cit., p. 44-45.

²⁷⁸ Ibid., p. 44.

²⁷⁹ Ibid., p. 42.

Destarte, a fiscalização das instituições financeiras pelas autoridades monetárias e o controle das práticas contratuais por elas adotadas constituem atividades fundamentais ao bom e regular desenvolvimento das relações jurídicas de consumo:

Marcantemente produzindo um retrato típico de prestador de serviço, as instituições financeiras lidam com uma mercadoria diferenciada e escassa no atual momento da conjuntura econômica, entretanto o poder imanente à concessão do crédito e seu direcionamento pedem uma fiscalização das autoridades monetárias, incumbidas de zelar pela política creditícia e manter condições de competitividade entre os estabelecimentos, sobressaindo responsabilidade sempre no comportamento divorciado do contexto, prejudicial ao cliente e superando os estreitos lindes do negócio pactuado.²⁸⁰

De qualquer sorte, observe-se que a aprovação, ainda que tácita, de determinada cláusula contratual por órgão da Administração Pública direta ou indireta não impede que seja apreciada judicialmente quanto a eventual abuso.²⁸¹

4.3 CONTROLE JUDICIAL DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Como a ação civil pública – medida que se processa na esfera judicial – pode ter início com instauração de inquérito civil pelo Ministério Público – o qual realiza o controle administrativo das cláusulas contratuais –, pode-se concluir que nem sempre a adequação dos contratos bancários é possível por via administrativa, assim como nem sempre se exaure nela. Tampouco a busca pelo equilíbrio contratual passa necessariamente pela via administrativa.

Medidas individuais e mesmo coletivas visando à exclusão de cláusulas abusivas e de prestações desproporcionais dos contratos bancários podem ser propostas diretamente ao Poder Judiciário ou posteriormente ser submetidas à sua apreciação.

Registre-se, ainda, que na esfera judicial a ação civil pública não é o único instrumento de discussão de cláusulas contratuais. Há inúmeras outras medidas aptas a restabelecer o equilíbrio dos contratos bancários. Como expressamente dispõe o artigo 83 do CDC, “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por

²⁸⁰ ABRÃO, op. cit., p. 489.

²⁸¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 157.

este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Além de vasta gama de medidas judiciais postas à disposição do consumidor pelo legislador para a defesa em juízo de seus direitos e interesses, há ainda institutos que muito favorecem o controle judicial de cláusulas contratuais. À guisa de exemplo, mencione-se a inversão do ônus da prova²⁸², a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da coisa julgada, previstas, respectivamente, nos artigos 6º, inciso VIII, 28 e 103 do CDC.²⁸³

Cabe ainda ressaltar que o CDC, no artigo 88, veda denúncia à lide e, no artigo 103, parágrafo 3º, possibilita liquidação e execução individual de sentenças condenatórias proferidas em ações coletivas.

4.3.1 Ações de caráter individual

No que concerne ao controle judicial das cláusulas contratuais e por conseguinte à preservação do equilíbrio contratual, é possível aos legitimados ajuizar ações de caráter individual ou coletivo.

Portanto, sempre que houver abuso na obrigação, mascarando seu contorno, capaz de refletir efeitos por sobre toda a contratação bancária, compete ao consumidor, por si ou por quem o possa representar de modo individual ou coletivo, buscar medida judicial adequada e conveniente, de natureza preventiva ou satisfativa, conforme a diligência específica para cada procedimento.²⁸⁴

Individualmente, o consumidor pode mover qualquer ação prevista no ordenamento jurídico para prevenir ou reparar lesão a direito seu garantido pelo CDC – vale dizer, direito individual não homogêneo, direito individual puro, em sentido estrito.²⁸⁵

Possivelmente por desconhecer os procedimentos próprios das demandas coletivas ou mesmo a possibilidade de integrar o pólo ativo de uma ação judicial de caráter coletivo, na maior parte das vezes o consumidor que busca o reequilíbrio das contratações bancárias por meio de modificação ou de revisão contratual o faz individualmente.

²⁸² Abordada no terceiro capítulo do presente trabalho.

²⁸³ SCHMITT, op. cit., p. 149.

²⁸⁴ ABRÃO, op. cit., p. 488.

²⁸⁵ NERY JUNIOR, O processo civil no código de defesa do consumidor, p. 28.

Facilitam também a atuação individual do consumidor em juízo os Juizados Especiais Cíveis, nos quais, a depender do valor atribuído pelo consumidor à causa, torna-se desnecessária até mesmo representação por advogado.²⁸⁶ Além disso, por atenderem apenas a causas de menor complexidade e usualmente atuarem com mais celeridade na solução das demandas, os Juizados Especiais apresentam-se mais atrativos aos consumidores pouco adaptados às peculiaridades dos processos judiciais. Como avalia Kazuo Watanabe:

Teve o legislador a nítida noção da elevada importância da solução dos conflitos individuais, que no dia-a-dia das relações de consumo constituirão, certamente, a maioria, tanto que deixou sublinhada, no art. 5º, n.º IV, do Código, a relevância da criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas (hoje, Juizados Especiais de Causas Cíveis de Menor Complexidade) como um dos instrumentos de execução da Política Nacional das Relações de Consumo. Às demandas individuais, expressamente mencionadas no *caput* do art. 81, se aplicam as disposições do Código de Processo Civil (art. 90), além das normas especiais contidas no Código, de sorte que a seu respeito não se impunha uma disciplina mais pormenorizada.²⁸⁷

Dentre as ações judiciais individuais movidas por consumidores dos serviços bancários, destaca-se a de revisão contratual fundamentada no artigo 6º, inciso V, do CDC, que autoriza "a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

Por meio das referidas medidas, os consumidores podem discutir, por exemplo, a abusividade da taxa de juros praticada pela instituição financeira prestadora do serviço contratado; a ilegalidade da capitalização mensal de juros – freqüentemente utilizada pelos bancos, apesar de ilegal –; a cumulação desmedida de encargos contratuais; a aplicação de encargos não previstos contratualmente, e outras condições que tornem desproporcional ou excessivamente onerosa a prestação assumida. Revistas e modificadas as condições válidas do contrato e dele extirpadas as cláusulas abusivas, o instrumento contratual estará novamente equilibrado, tornando possível seu adimplemento.

Considerando que não são poucas as instituições financeiras adeptas de incompreensíveis contratos de adesão e de iníquas cláusulas contratuais e que é

²⁸⁶ Como estabelece o artigo 9º da Lei n.º 9.099/95: "Nas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória".

²⁸⁷ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 797-798.

crecente a tendência dos consumidores de buscar a repactuação da dívida contraída com instituições financeiras e a manutenção sadia de seu contrato bancário, têm se proliferado, como analisa Nelson Abrão, as demandas judiciais individuais.

Bastante ponderar que a defesa do consumidor passa por etapas que simbolizam o interesse manifesto no realinhamento da dívida, na exclusão do nome do cadastro, na tutela antecipada que lhe permita continuar o negócio, no provimento cautelar que suste um protesto, ou determine seu cancelamento, tudo endereçado à positividade da relação com a instituição financeira.

Conseqüência disso tudo, houve um aumento no volume das ações articuladas pelo consumidor em relação às instituições financeiras, na delimitação do montante do crédito líquido e certo, no questionamento de cláusulas reputadas abusivas, na eliminação da onerosidade excessiva, na tendência de se expungir lesão a causar o desequilíbrio no pacto contratual celebrado.²⁸⁸

A modificação e a revisão judicial dos contratos bancários, contudo, podem igualmente ser alcançadas pelos consumidores sem que para tanto seja necessária a distribuição de medidas judiciais em excesso, que assoberbam o Poder Judiciário e tornam demasiadamente morosa a solução dos litígios.

4.3.2 Ações de caráter coletivo

O CDC, enquanto diploma inovador, trata não só da tutela individual dos direitos dos consumidores, mas também da tutela coletiva, por meio da qual são judicialmente protegidos os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

As normas do CDC em matéria de proteção processual, tiveram, quando da sua promulgação como até hoje, profundo impacto sobre o processo civil. Isto porque, em primeiro lugar, afastam a tradicional perspectiva individualista do processo, permitindo a tutela simultânea de grandes contingentes ou mesmo de um número indeterminável de pessoas titulares de interesses reconhecidos. Da mesma forma, impõem ao juiz um papel ativo no processo, ampliando seus poderes instrutórios, de determinação da carga probatória, assim como apontando ao seu livre convencimento o valor das provas produzidas. E no esteio das transformações em curso desde a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), estabelece ao lado da indispensável proteção individual, uma espécie de vocação coletiva do processo civil contemporâneo.²⁸⁹

²⁸⁸ ABRÃO, op.cit., p. 487.

²⁸⁹ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p. 974.

As ações visando à tutela coletiva dos consumidores, nos termos do artigo 81 do CDC, prestam-se à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Direitos difusos consistem em direitos transindividuais, de natureza indivisível, dos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (inciso I). Interesses ou direitos coletivos também têm natureza indivisível, mas deles é titular um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas ligadas entre si ou ligadas com a parte contrária da demanda por uma relação jurídica base (inciso II). Por fim, interesses ou direitos individuais homogêneos são entendidos como os decorrentes de origem comum (inciso III).

Em sentido diverso, Kazue Watanabe entende existirem apenas dois tipos de interesses ou direitos albergados por tutela coletiva dos consumidores: os essencialmente coletivos, que abrangeriam os difusos e os coletivos, e os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, quais sejam, os interesses e direitos individuais homogêneos.²⁹⁰

De qualquer sorte, para o exercício da defesa coletiva dos consumidores, são legitimados concorrentemente o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano²⁹¹, especificamente destinadas à defesa dos interesses e direitos dos consumidores protegidos pelo CDC.

Quanto à tramitação processual e demais requisitos relativos às ações coletivas, o CPC é norma processual de caráter geral. Portanto, desde que respeitado seu espírito, sua aplicação é solução imperiosa nos aspectos para os quais o CDC não contenha nenhuma disposição específica.²⁹² Importa também lembrar a Lei da Ação Civil Pública, em vigor desde 1985, que se destina precipuamente à responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico.

²⁹⁰ WATANABE, op. cit., p. 818-819.

²⁹¹ Nos termos do parágrafo 1º do artigo 82, “O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

²⁹² WATANABE, op. cit., p. 873.

Portanto, o escopo da Lei n.º 7.347/85 – que inclui em sua redação a defesa de interesses difusos e coletivos – foi a rigor ampliado pelo CDC, posterior a ela.²⁹³ E como já se poderia esperar, “estão incorporadas ao sistema de defesa do consumidor as inovações introduzidas pela Lei da Ação Civil Pública, da mesma forma que todos os avanços do Código são também aplicáveis ao sistema de tutela de direitos criado pela Lei n.º 7.347”.²⁹⁴ Alias, é o que expressamente estabelece o artigo 90 do CDC, segundo o qual se aplicam às ações coletivas as normas do CC e da Lei n.º 7.347/85, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Por fim, comparando as ações coletivas às ações de caráter individual, percebe-se que

[...] a vantagem do uso da ação coletiva reside na decisão produzida, a qual pode vedar, por exemplo, a utilização de determinadas cláusulas consideradas abusivas em um contrato de massa com todos os consumidores, situação que não ocorre em termos de tutela individual, em que somente se beneficia o autor da demanda.²⁹⁵

Como pondera Nelson Nery Junior ao tratar dos efeitos da decisão produzida em sede de ação coletiva,

A cláusula declarada judicialmente como abusiva não estará mais conforme o Direito. Essa decisão terá eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, no caso de haver sido pedido o controle judicial abstrato, cujo objetivo seja a proteção dos direitos difusos ou coletivos do consumidor (art. 103, CDC). Isso significa, em última análise, que a sentença que reconhece como abusiva determinada cláusula funciona na prática como *decisão normativa*, atingindo o estipulante em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos futuros com a cláusula declarada abusiva judicialmente. Do contrário, não teria nenhum sentido a tutela contratual coletiva ou difusa do consumidor.²⁹⁶

Decisões proferidas em ações coletivas visando ao controle de cláusulas contratuais nos contratos bancários e nas contratações de modo geral efetivamente realizam o ideal de proteção integral dos consumidores almejado pelo CDC, não só ao possibilitar que seus efeitos alcancem consumidores que não demandaram em juízo, mas também ao impedir que estes venham a tornar-se vítimas de cláusulas abusivas.

²⁹³ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno**: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 132.

²⁹⁴ WATANABE, op. cit., p. 811.

²⁹⁵ SCHMITT, op. cit., p. 156.

²⁹⁶ NERY JUNIOR, **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 535.

4.4 O CONTROLE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA PELO CONSUMIDOR E CONSUMO SUSTENTÁVEL DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS

Objetivos de justiça cruciais para a harmonia nas relações de consumo, a modificação de condições desproporcionais e a eliminação de cláusulas abusivas que oneram excessivamente os contratos de consumo bancários podem ser alcançadas não só mediante atuação do Estado, por meio da Administração Pública e do Poder Judiciário na correção de imperfeições jurídicas e iniquidades presentes em contratações bancárias, como também, e principalmente, mediante a formação de uma cultura consumerista.²⁹⁷

É fundamental que o consumidor seja educado para o consumo dos serviços bancários²⁹⁸. Deve-se entender que a facilitação do acesso ao crédito na sociedade moderna não deve tornar-se pretexto para o consumo desenfreado e descomedido de bens e serviços desnecessários. Aliás, estabelece o artigo 6º, inciso II, do CDC, ser direito básico dos consumidores “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”.

Assim, não obstante as ofertas diárias, por inúmeros meios de divulgação, de produtos e serviços cuja utilidade prática é maximizada por agressivas estratégias de *marketing*, cabe ao consumidor avaliar a real serventia dos bens colocados à sua disposição e a conveniência da contratação de crédito para sua aquisição. Além disso, o crédito disponibilizado pelas instituições financeiras não deve constituir fonte de complementação de renda, sob pena de o consumidor a ele ficar vinculado, firmando novos contratos como meio de adimplementos de obrigações antigas, em um grave círculo vicioso.

Optando o consumidor pela contratação de serviços bancários, é conveniente que analise, de modo geral, as práticas corriqueiramente adotadas no mercado pela instituição financeira eleita, o volume de demandas contra ela ajuizadas e os índices de satisfação dos consumidores para com os serviços por ela prestados. Cristiano

²⁹⁷ SCHMITT, op. cit., p. 159.

²⁹⁸ Como oportunamente pondera Luiz Edson Fachin, “Nesta seara, é de notória percepção que as orientações caminham em direção ao campo educacional informal já que, especialmente em relação ao ensino público fundamental, não há o desenvolvimento suficiente das disciplinas curriculares quanto mais de disciplinas voltadas à formação de uma consciência cidadã, como seria esta em questão”. (As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do Direito do Consumidor. In: CONRADO, Marcelo (Org.) **Repensando o direito do consumidor**: 15 anos do CDC (1990-2005). Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 38).

Heineck Schmitt alerta para os reflexos diretos dessa conduta sobre o controle das cláusulas abusivas:

Na sociedade de consumo, em que o consumidor se vê pressionado pela mídia, que em vários momentos cria-lhe desejos e, até, necessidades, ainda fazendo, em outras circunstâncias, com que o indivíduo tenha seu poder de discussão reduzido perante grandes conglomerados econômicos, a educação para o consumo, incentivada pelo Estado e pela sociedade civil, cumprirá um papel fundamental na definição do consumidor consciente, o qual, se bem instruído, escolherá melhor o fornecedor, ou até mesmo acabará por excluir o mau fornecedor do cenário econômico. Atitude como essa repercutirá também no âmbito das cláusulas abusivas, cuja utilização em contratos de consumo será cada vez mais rara, sob pena de aquele que faz uso delas não alcançar o consumidor, que, instruído, procurará o fornecedor mais confiável.²⁹⁹

Diante do instrumento contratual, deve o consumidor analisá-lo detida e cuidadosamente, avaliando todas as cláusulas, até que possa finalmente compreender qual parcela de seu patrimônio seria onerada pelas prestações, qual o volume dos encargos propostos e quais os reflexos futuros das obrigações eventualmente assumidas. Muito embora, como já analisado, os contratos bancários constituam típicos contratos de adesão, que impossibilitam ao consumidor discutir ou alterar substancialmente seu conteúdo, o conhecimento das condições propostas lhe permitirá averiguar se deve ou não se sujeitar à contratação.

Dessa forma, mesmo se adotadas as devidas cautelas e formalizada ou não a contratação, o consumidor deparar-se com prestações desproporcionais, cláusulas abusivas ou outras condições capazes de tornar o adimplemento das obrigações excessivamente oneroso, deverá administrativa ou judicialmente – e nesta seara atuando individual ou coletivamente – buscar o controle das referidas cláusulas, impulsionando os órgãos competentes para que realizem a exclusão das condições nulas dos instrumentos contratuais, e a modificação ou revisão das condições válidas, quando possível.

Verifica-se que desde a entrada em vigor do CDC alguns consumidores já adotaram uma postura consumerista. “Os tempos mudaram e, com essa mudança, vislumbra-se a existência dos ‘consumidores do direito’ com a justa expectativa da aplicação de uma ordem jurídica justa, não mais ligada aos aspectos tradicionais e formais de outrora”.³⁰⁰ Ainda há, no entanto, muito por ser feito. Avanços na proteção do consumidor, tornando-o mais consciente de seus direitos e também de suas

²⁹⁹ SCHMITT, op. cit., p. 164.

³⁰⁰ SCAVONE JUNIOR, Juros no novo direito privado brasileiro, p. 540.

obrigações, possibilitarão a exclusão natural dos maus fornecedores do jogo econômico nas relações de consumo.³⁰¹

Mas essa tarefa de conscientização para o consumo sustentável dos serviços bancários cabe, primordialmente, ao próprio consumidor. Não se deve esperar que um Estado paternalista exerça, sozinho, a tarefa de regular e fiscalizar as instituições financeiras e suas operações, e de educar os consumidores para a adoção de práticas preventivas e reparatórias no mercado de consumo. É necessário que parta também do consumidor o interesse por proteger-se das práticas contratuais abusivas e de utilizar, de forma sustentável, os serviços bancários colocados à sua disposição e o crédito bancário em si.

A educação e conscientização do consumidor são os pilares da cultura consumerista, sendo sua difusão o fator que proporcionará o rechaço aos abusos nas relações de consumo, em especial, às cláusulas abusivas, com a prerrogativa de que a pressão contra tais condutas desleais virá do próprio consumidor, reduzindo-se a intervenção estatal nas relações privadas e desafogando o Poder Judiciário de um número excessivo de demandas ajuizadas envolvendo conflitos entre consumidores e fornecedores, e diminuindo também o número de fornecedores especuladores, pois a parcela de indivíduos facilmente enganáveis será gradualmente diminuída.³⁰²

Pelo exposto, não obstante a incontestável relevância do controle administrativo e judicial das cláusulas inseridas nos contratos bancários, acredita-se que hoje o consumidor é o principal agente na busca de equilíbrio nas relações contratuais bancárias e o maior responsável pelo consumo sustentável dos serviços oferecidos pelas instituições financeiras.

³⁰¹ SCHMITT, op. cit., p. 162.

³⁰² SCHMITT, op. cit., p. 171.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Defesa do Consumidor, promulgado por determinação específica da Constituição Federal de 1988, tem por escopo a proteção do consumidor no mercado de consumo e conseqüentemente nas relações jurídicas por ele firmadas.

A necessidade de amparo aos consumidores decorre de sua própria condição: por serem vulneráveis e dependentes dos serviços prestados e dos produtos fornecidos no mercado de consumo, demandam os consumidores tratamento diferenciado. Nesta perspectiva, o desequilíbrio que originariamente macula as relações de consumo é ainda mais perceptível nas relações jurídicas bancárias, cujo principal objeto é a concessão de crédito.

De modo geral, em qualquer sorte de relação jurídica na qual a contratação trata-se de verdadeira necessidade, de condição essencial à subsistência, há certa tendência ao abuso, ao excesso por parte do contratado. E os contratos bancários não se desenvolvem de forma diversa. A prestação de serviços de natureza bancária trata-se atualmente de atividade indispensável a qualquer consumidor, pessoa física ou jurídica. Já não se concebe a própria existência no mercado de consumo sem a utilização dos serviços prestados pelos bancos e, via de regra, sem a concessão de crédito. E justamente essa relação de absoluta dependência dos serviços bancários é que coloca os consumidores em situação de vulnerabilidade extrema em relação às instituições financeiras.

Prevalecendo-se de sua supremacia, as instituições financeiras formalizam a contratação dos serviços bancários por meio de contratos de adesão, nos quais não são possibilitadas ao consumidor a discussão das cláusulas contratuais ou das condições gerais do negócio. Porém, não reside aqui a principal origem de desvirtuamento das relações bancárias. A contratação por adesão é fruto da própria evolução da sociedade e, considerando-se a crescente facilitação do acesso a produtos e serviços, não se poderia esperar que a assunção de obrigações ocorresse atualmente de outra forma, senão por meio de instrumentos padronizados.

A utilização de contratos de adesão não pressupõe, por si só, a distorção dos objetivos da contratação e o desrespeito à legislação em vigor ou à função social dos contratos bancários. Contudo, é por meio de tais instrumentos que referidas mazelas se concretizam. Valendo-se da dependência dos consumidores dos serviços bancários, da inviabilidade de modificação das condições gerais da

contratação e de sua inerente vulnerabilidade, as instituições financeiras impõem aos consumidores prestações manifestamente desproporcionais, contrárias à ordem jurídica e aos princípios mais comezinhos que regem as relações contratuais, retirando por completo da contratação ajustada a equidade e tornando o adimplemento das obrigações assumidas excessivamente oneroso ao consumidor.

Destacam-se, dentre as principais causas da excessiva onerosidade infligida aos consumidores, as altas taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras, a capitalização exponencial de juros, que retira do consumidor a previsibilidade da obrigação assumida e majora demasiadamente as prestações, e a cumulação de encargos contratuais, sobre cuja incidência pouco ou nenhum conhecimento têm os consumidores.

Contudo, verificou-se no presente trabalho que a problemática reside na difícil constatação da onerosidade excessiva e dos critérios que a definem nos contratos firmados no âmbito das relações de consumo bancárias.

Considerando-se ainda que cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais são passíveis de modificação, e fatos supervenientes que acarretam onerosidade excessiva ensejam revisão contratual, nos termos do artigo 6º, inciso V, do CDC, ao passo em que as cláusulas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, apta a causar onerosidade excessiva, são nulas de pleno direito, como estabelece o artigo 51, inciso IV, e parágrafo 1º, inciso III, do CDC, o estabelecimento de parâmetros hábeis à aferição da onerosidade excessiva é medida imperativa para que se possa separar, nesse contexto, as cláusulas excessivamente onerosas, porém válidas, das condições que causam onerosidade excessiva, mas são nulas de pleno direito, devendo ser excluídas do contrato.

Não há legislação que conceitue objetivamente a onerosidade excessiva, tampouco critérios claros que estabeleçam o limite entre o que é legítimo e o que é abusivo na seara dos contratos bancários; até onde podem ir as instituições financeiras na busca pelo lucro, utilizando-se dos contratos bancários e das cláusulas contratuais neles inseridas como meio para a consecução de tal fim.

Especificamente no tocante aos juros, já há entendimentos que apontam a adoção da Taxa Média de Mercado como fator determinante à verificação de abusividade na taxa de juros bancários e, conseqüentemente, limitador da revisão dos contratos. Porém, não há indícios de que seja este o balizador ideal à aferição

da onerosidade excessiva, tampouco razoabilidade na utilização de um único critério à infinidade de contratos bancários cuja revisão ou modificação pretendem os consumidores.

A capitalização exponencial de juros e a cumulação de encargos contratuais também constituem matérias cuja legalidade ainda é fruto de discussões.

É certo, pois, que são necessários estudos aprofundados nesta seara, a fim de que se possa consolidar o conceito da onerosidade excessiva no ordenamento jurídico, salvaguardando, desta forma, os interesses dos consumidores.

Entretanto, se por um lado parece clara a necessidade de legislação que forneça parâmetros, balizas na busca pelo conceito da onerosidade excessiva e na sua aferição, por outro lado devem ser consideradas as condições subjetivas específicas de cada contrato firmado, as legítimas expectativas que o consumidor nele deposita e mesmo a situação concreta das partes contratantes.

Enquanto não houver normas que, conciliando aspectos objetivos e subjetivos das contratações bancárias, sejam capazes de exercer o controle da onerosidade excessiva, tal controle deverá ser realizado com base nos instrumentos já disponíveis, previstos na legislação em vigor.

O Estado exerce, sem dúvida, papel fundamental no controle e na fiscalização da atividade econômica e conseqüentemente da onerosidade dos contratos bancários, na medida em que, por meio dele se realizam os controles administrativo e judicial das cláusulas contratuais.

O controle administrativo, efetivado diante do caso concreto, ou mesmo de forma preventiva, dá-se por intermédio do Ministério Público (responsável pela instauração de inquérito civil) de órgãos de proteção e defesa do consumidor, que atuam na apuração de reclamações e mesmo por meio de órgãos da administração pública indireta, como o Banco Central do Brasil, responsável pela fiscalização e regulamentação das atividades desenvolvidas pelos administrados, aqui abrangidos os bancos públicos, privados, financeiras, etc., por meio de decretos, portarias e outros atos administrativos.

Não obstante a efetiva atuação de tais órgãos, na maior parte das vezes em que o consumidor busca o reequilíbrio das contratações bancárias, o controle das cláusulas contratuais é realizado por meio do Poder Judiciário. Nesse contexto, a modificação e a revisão de cláusulas contratuais, realizadas com base na Teoria da

Onerosidade Excessiva prevista no CDC, despontam como instrumentos ímpares no restabelecimento do equilíbrio das prestações contratuais.

Entretanto, em que pese o significativo desempenho do Estado no controle das cláusulas contratuais, seja por meio do controle administrativo, seja pelo controle judicial da onerosidade excessiva nelas abrigada, a limitação à atuação abusiva das instituições financeiras incumbe precipuamente aos consumidores.

Somente educando-se para o consumo e adotando uma postura efetivamente consumerista frente ao mercado, consistente na adoção de práticas preventivas e reparatórias com vistas com consumo sustentável do crédito, contribuirá o consumidor para com a consecução da função social dos contratos de consumo bancários, concretizando os preceitos da Política Nacional das Relações de Consumo e os ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 10. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os juros na perspectiva do Código Civil. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do consumo**. Coimbra: Almedina, 2005.

ALMEIDA, João Batista de. Resolução e revisão dos contratos. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários**. Campinas: Bookseller, 1996.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo. **Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 1, 2001.

BATISTA, Luiz Olavo. Proteção do consumidor: aspectos de direito comparado e internacional. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 83, p. 19-20, jul./set. 1991.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto; GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa; FERNANDES NETO, Guilherme. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc.: Cláudio de Cicco; apres.: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BORTOLOZZI, Ricardo. O contrato de adesão e sua função social. In: EFING, Antônio Carlos (Org.) . **Direito das relações contratuais**. Curitiba: Juruá, 2005. v. 2.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Responsabilidade civil das instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BULGARELLI, Waldirio. **Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1993.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CASADO, Marcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**: de acordo com a medida provisória 1.925-8, que cria a cédula de crédito bancário, e a medida provisória 1.963-19, que autoriza a contagem de juros sobre juros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno**: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. **Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 5, 2004.

COSTA, Ana Carla Abrão. Juros e spread bancário no Brasil: uma visão microeconômica. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 22. 2003.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COVELLO, Sergio Carlos. **Contratos bancários**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direto, 2001.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALMOLIN, Marcelo Dalton. **Correção monetária**: a extinção da UFIR. Curitiba: Juruá, 2002.

DONINNI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil pós-contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Biblioteca Selecta, 2004.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004.

EFING, Antônio Carlos. **Prestação de serviços**: uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

EFING, Antônio Carlos. Revisão contratual. In: _____ (Org.). **Direito das relações contratuais**. Curitiba: Juruá, 2005. v. 2.

EFING, Antônio Carlos. Revisão contratual no CDC e no CC. In: CONRADO, Marcelo (Org.) **Repensando o direito do consumidor**: 15 anos do CDC (1990-2005). Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

EFING, Antônio Carlos. Sistema financeiro e o Código de Defesa do Consumidor: análise conceitual quanto à incidência das normas do sistema de defesa do consumidor aos contratos bancários e financeiros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, 1996.

EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 63, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do Direito do Consumidor.

In: CONRADO, Marcelo (Org.) **Repensando o direito do consumidor**: 15 anos do CDC (1990-2005). Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDEZ-HIERRO, Jose Manuel. **La modificacion del contrato**. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1992.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Juros bancários**: limites e possibilidades. 1. ed. (2001), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Tutela contratual no novo Código Civil em face do Código de Defesa do Consumidor. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coords.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRAGA NETO, Armínio. O papel do Banco Central no século 21. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 6, 1999.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUIMARÃES, Celso Araújo. Comissão de permanência. In: SIMPÓSIO SOBRE AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS E A ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA, 1988, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Juruá, 1988.

GUTH, Débora Maria. A inversão do ônus da prova no direito do consumidor. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). **Direito do consumo**. Curitiba: Juruá, 2001. v. 1.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. 1. ed. (1982), 11. tir. Trad.: Mário R. da Cruz; rev. téc. Cláudio Roberto Contador. São Paulo: Atlas, 1992.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÓPEZ, Javier Pagador. **La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

LUCCA, Newton de. A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Direito Empresarial Contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LUPINACCI, Ronaldo Ausone. **Limite da taxa de juros no Brasil**. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARINS, James. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, 1996.

MARQUES, Claudia Lima. Considerações finais. A vitória de todos nós! In: MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos**: ADIn 2.591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5 ed. rev., atual e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítor; FRADE, Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coord.). **O endividamento dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS, Jonair Nogueira. **Contra o abuso dos bancos**: doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. mod. e ampl. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATIAS, Armindo Saraiva. **Direito bancário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, 2004.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 15 de junho de 2005**. 3. ed. rev., atual. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. O processo civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, 1991.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Disciplina dos juros no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PONTES, João Paulo Fernandes. Dos juros abusivos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, 2007.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001.

PORTANOVA, Rui. **Limitação dos juros nos contratos bancários**: ações e defesa dos devedores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ROCHA, Ana Cláudia Loyola da. O direito e a prestação jurisdicional à luz da doutrina de Ronald Dworkin. In: KOZICKI, Katya (Coord.). **Teoria jurídica no século XXI**: reflexões críticas. Curitiba: Juruá, 2007.

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

SÁ, Alamenno de. **Responsabilidade bancária**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro**: atualizado com a emenda constitucional n. 40, de 29.05.2003, e com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Juros no novo direito privado brasileiro. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coords.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. Colaboração: Mariano Souto de Oliveira Giuberti, Odilon Castello Borges Neto, Úrsula Santos de Ávila Goulart. **Contratos bancários**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. **Derechos y defensa del consumidor**. Buenos Aires: La Rocca, 1994.

STIGLITZ, Rubén S. **Autonomía de la voluntad y revisión del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

VENTURA, Eloy Câmara. **A evolução do crédito da antigüidade aos dias atuais**. Curitiba: Juruá, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil**: liquidação e cumprimento. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) . **Curso avançado de processo civil**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos de equilíbrio contratual. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)