

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu***  
**MESTRADO EM DIREITO**

**CLAUDINEI DOMBROSKI**

**CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITO**  
**NA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

**CURITIBA**

**2008**

# **Livros Grátis**

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

Milhares de livros grátis para download.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu***  
**MESTRADO EM DIREITO**

**CLAUDINEI DOMBROSKI**

**CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITO**  
**NA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

**CURITIBA**

**2008**

**CLAUDINEI DOMBROSKI**

**CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITO  
NA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Cardozo de Oliveira

**CURITIBA**

**2008**

**CLAUDINEI DOMBROSKI**

**CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITO  
NA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora Constituída pelos seguintes professores:

**Presidente:**

---

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira  
Centro Universitário Curitiba

---

Prof. Dr. Paulo Roberto Nalin  
Membro externo

---

Profa. Dra. Gisela Maria Bester  
Centro Universitário Curitiba

Curitiba, 5 de novembro de 2008

À minha esposa, Elisete,  
a quem muito bem escolhi.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela oportunidade de viver, ainda por todas as graças recebidas.

Aos professores envolvidos neste trabalho, com destaque à paciência incansável e à sabedoria infindável do meu orientador professor Francisco Cardozo Oliveira.

Aos meus familiares, pelo tempo dedicado ao presente trabalho e longe deles, especialmente, minha esposa Elisete Vieira Dombroski e meus filhos Leonardo Willian Vieira Dombroski e George Wilson Vieira Dombroski.

## RESUMO

A dissertação apresenta-se com o título “contratos bancários de crédito na atividade empresarial”; entretanto, o singelo título esconde a complexidade do tema e suas divergências jurisprudenciais e até mesmo doutrinárias que são analisadas no presente trabalho, em especial o contexto contratual, origem e histórico de evolução, passando pelo período moderno, até chegar na atualidade, na abordagem da perspectiva jurídica Brasileira hodierna assim ocorre a análise dos princípios contratuais tradicionais; a força obrigatória do contrato, equilíbrio de obrigações, bem como a autonomia privada e suas limitações, com a releitura dos princípios tradicionais à luz e inspiração dos atuais, tais como a boa-fé e a função social, ambos em consonância com a constitucionalização do direito privado. Analisa-se a regulação dos contratos bancários de créditos, ou seja, o contexto legal, para apontar e discorrer sobre o regime das garantias e dos juros. O estudo direciona-se para a repercussão do crédito na atividade empresarial, destacando que nos casos de empréstimos adquiridos a juros e custos baixos, principalmente aqueles do BNDES, o sucesso da empresa é quase uma certeza, alertando para a dificuldade de acesso a este tipo de crédito, pois a grande maioria das pequenas e médias empresas está obrigada a buscar o crédito de emergência perante as instituições financeiras, nas quais o custo e os juros são elevadíssimos e a possibilidade do endividamento é quase que uma evidência, percebendo assim que mesmo estando a maioria das empresas tomadoras de créditos de boa-fé, tornar-se-ão endividadas, considerando ainda quais as causas do inadimplemento das empresas nos contratos. Por fim, analisam-se os mecanismos legais de proteção à empresa superendividada, frente à legislação existente, sendo o mecanismo de maior utilização a revisão dos contratos bancários, o que inclusive poderá manter a empresa operando no mercado, para verificar a possibilidade judicial de revisão dos contratos bancários, com a acertada relativização do “*pacta sunt servanda*”, ocorrendo o equilíbrio das obrigações nos mencionados contratos, frente à boa-fé e à função social do contrato.

**Palavras-chave:** Contratos Bancários de Créditos. Boa-fé. Função Social. Superendividamento. Princípios Constitucionais. Revisão.



## ABSTRACT

This dissertation is introduced by the title “Credit Banking Contracts in Corporative Activity”; though, this brief title hides the complexity of the theme and its jurisprudential divergences and even doctrinal that are analyzed in this present work, namely, the contractual contents, origin and historical evolution, from the modern period to the current days, in regard of the present Brazil’s juridical perspective herein occurs the analysis of the traditional principles of contracts, the mandatory enforcement of the contract, the balance of the obligations, as well as the autonomy privacy and its limitations , with the re-examination of the traditional principles in the light of and inspiration of the current ones such as *bona fide* and its social function, both in accordance with the constitutional- private law. It is analyzed the regulation of the Credit Banking Contracts, that is, in the legal means, to pinpoint and discuss the interest and warranty basis. The study addresses to the repercussion of the credit in the corporative activity, bearing in mind that in the cases of loans acquired with a low cost and interest, mainly those obtained by the BNDES, the success of the company is almost certain, calling the attention to the difficulty of access to this kind of credit for the great part of small and medium-sized companies are addressed to apply for the emergency credit before as the financial institutions, in which the costs and interests are very high and the potential of drawing into debt is almost an evidence, noticing that even being the Borrower Companies in *bona fide*, they will become into debt , considering also what the causes of the companies’ contractual defaults are. Hence, it is analyzed the legal means of protection to the companies in debt before the current legislation, being the review of banking contract the most used mechanism, of which shall keep the company operating in the market to verify the judicial potential of reviewing the banking contracts, with considerations to the “*pact sunt servanda*”, giving balance to the obligations aforementioned in the contracts before the Good Faith, *bona fide*, and the social functions of the contract.

**Key-words:** Credit Banking Contracts, *bona fide*, Social function, debt. Principles Constitutionalism. Review.

## RESUMEN

La disertación se presenta con el título “contratos bancarios de crédito en la actividad empresarial”; tal simple título esconde la complejidad del tema y sus divergencias jurisprudenciales y también doctrinarias que son analizadas en el presente trabajo, en especial el contexto contractual, origen e histórico de evolución, pasando por el período moderno, hasta llegar a la actualidad, en el abordaje de la perspectiva jurídica Brasileña actual, así como el análisis de los principios contractuales tradicionales; la fuerza obligatoria del contrato, equilibrio de obligaciones, así como la autonomía privada y sus limitaciones, con la relectura de los principios tradicionales a la luz e inspiración de los actuales, tales como la buena fe y la función social, ambos en consonancia con la constitucionalización del derecho privado. Se analiza la regulación de los contratos bancarios de créditos, es decir, el contexto legal, para apuntar y discutir sobre el régimen de las garantías y de los intereses. El estudio se direcciona hacia la repercusión del crédito en la actividad empresarial, destacando que en los casos de préstamos adquiridos a intereses y costos bajos, principalmente aquellos del BNDES, el éxito de la empresa es casi seguro, alertando para la dificultad de acceso a este tipo de crédito ,ya que la gran mayoría de las pequeñas y medianas empresas está obligada a buscar el crédito de emergencia ante las instituciones financieras, en las que el costo y los intereses son elevadísimos y la posibilidad de endeudamiento es casi una evidencia, notando así que incluso estando la mayoría de las empresas tomadoras de créditos de buena fe, y volviéndose endeudadas, considerando todavía cuáles son las causas del incumplimiento de las empresas en los contratos. Por último, se analizan los mecanismos legales de protección a la empresa superendeudada, frente a la legislación existente, siendo el mecanismo de mayor utilización para revisión de contratos bancarios, el que incluso podrá mantener la empresa operando en el mercado, para verificar la posibilidad judicial de revisión de los contratos bancarios, con la ajustada relativización del “*pact sunt servanda*”, sucediendo el equilibrio de las obligaciones en los mencionados contratos, frente a la buena fe y a la función social del contrato.

**Palabras-clave:** Contratos Bancarios de Créditos. Buena fe. Función Social. Superendeudamiento. Principios Constitucionales. Revisión.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Acórdão
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
AI	Agravo de Instrumento
APC	Apelação Cível
Areg	Agravo Regimental
ART	Artigo
BACEN	Banco Central do Brasil
BGB	Código Civil Germânico
CC/1916	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CDBs	Certificados de Depósitos Bancários
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CMN	Conselho Monetário Nacional
COPOM	Comitê de Política Monetária
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
DJU	Diária da Justiça da União
HC	Habeas Corpus
N.º	Número
p	Página
PLP	Projeto de Lei
REL	Relator
RESP	Recurso Especial
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e Custódia
SP	São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAMG	Tribunal de Alçada de Minas Gerais
TAPR	Tribunal de Alçada do Paraná
TARS	Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
TJ	Tribunal de Justiça

TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1 O CONTRATO DE CRÉDITO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA .....</b>	<b>16</b>
1.1 BREVES ANOTAÇÕES DE ORIGEM, HISTÓRIA E CONTEXTO CONTRATUAL..	16
<b>1.1.1 O direito contratual oitocentista e novecentista .....</b>	<b>17</b>
<b>1.1.2 O contrato na ordem jurídica brasileira moderna, com destaque para o contrato de crédito .....</b>	<b>20</b>
1.2 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E REPERCUSSÃO NO CONTRATO DE CRÉDITO.....	21
<b>1.2.1 Releitura dos Princípios Contratuais na perspectiva dos Contratos Bancários de Créditos .....</b>	<b>29</b>
1.2.1.1 Força obrigatória do contrato e equilíbrio de obrigações .....	32
1.2.1.2 Autonomia privada e suas limitações .....	38
1.2.1.3 Boa-fé contratual .....	45
1.2.1.3.1 Breves apontamentos da origem histórica acerca da boa-fé.....	47
1.2.1.3.2 A boa-fé na modernidade .....	49
1.2.1.3.3 A boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo .....	54
1.2.1.3.4 A boa-fé e a criação de deveres jurídicos .....	55
1.2.1.3.5 A boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos .....	58
1.2.1.4 Função social do contrato .....	59
<b>2 O CONTRATO BANCÁRIO DE CRÉDITO E O EQUILÍBRIO DE OBRIGAÇÕES .....</b>	<b>66</b>
2.1 DA REGULAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITOS.....	67
2.2 CONTRATOS BANCÁRIOS E TEORIA DO CRÉDITO.....	80
<b>2.2.1 Equilíbrio contratual.....</b>	<b>81</b>
2.3 REGIME DAS GARANTIAS NO CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO.....	84
<b>2.3.1 Garantia fidejussória.....</b>	<b>85</b>
2.3.1.1 Do aval.....	85
2.3.1.2 Da fiança.....	88
<b>2.3.2 Direitos reais de garantia .....</b>	<b>89</b>
2.3.2.1 Da hipoteca .....	90
2.3.2.2 Da alienação fiduciária .....	94
2.3.2.2.1 A questão jurisprudencial do depositário infiel na alienação fiduciária.....	99
2.4 O PROBLEMA DA FALTA DE GARANTIAS E SUA EXTENSÃO NA COMPOSIÇÃO E NA FORMAÇÃO DAS TAXAS DE JUROS .....	103

2.5 O REGIME DOS JUROS.....	105
<b>2.5.1 Dos juros remuneratórios .....</b>	<b>110</b>
<b>2.5.2 Dos juros moratórios .....</b>	<b>111</b>
<b>2.5.3 Dos fatores da composição da taxa de juros.....</b>	<b>112</b>
<b>2.5.4 ‘Spread’ bancário.....</b>	<b>115</b>
<b>2.5.5 Capitalização de juros .....</b>	<b>119</b>
<b>3 REPERCUSSÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL.</b>	<b>124</b>
3.1 CAPACIDADE DE PAGAMENTO AO LONGO DO TEMPO E CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS .....	125
3.2 ANÁLISE DAS OBRIGAÇÕES NOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITOS	128
3.3 SUPERENDIVIDAMENTO DAS EMPRESAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS .....	131
<b>3.3.1 A boa-fé do endividado .....</b>	<b>135</b>
3.4 MECANISMOS LEGAIS DE PROTEÇÃO À EMPRESA SUPERENDIVIDADA.....	137
<b>3.4.1 Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor .....</b>	<b>138</b>
<b>3.4.2 Da aplicação do Código Civil.....</b>	<b>140</b>
3.5 CAUSAS DO INADIMPLEMENTO DO CONTRATO BANCÁRIO .....	143
3.6 DIFICULDADE DE RENEGOCIAÇÃO .....	145
3.7 A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS BANCÁRIOS NA PERSPECTIVA DA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL .....	148
3.8 O EQUILÍBRIO DE OBRIGAÇÕES NO CONTRATO BANCÁRIO E SEUS EFEITOS NA VIABILIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	155
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>161</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>166</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho estuda a análise dos contratos bancários de créditos na atividade empresarial, desta forma em suas particularidades, tratará de temas relacionados diariamente com a empresa, vinculando a dissertação, conforme vislumbrará no decorrer de sua leitura a aderência ao programa de mestrado envolvido, que tem como área de concentração, direito empresarial e cidadania, estando vinculado a linha de pesquisa, obrigações e contratos empresariais: responsabilidade social e efetividade.

Aborda-se de forma concreta a atual situação do contrato, com enfoque aos seus principais princípios, iniciando nos tradicionais princípios, que ainda se aplicam nas relações privadas, tais como a força obrigatória do contrato e o equilíbrio de obrigações. Examina-se também a autonomia privada e suas limitações, entretanto destaque maior do estudo (dissertação) se dá ao exame dos hodiernos (no Brasil) princípios contratuais, à boa-fé objetiva e, sobretudo, à função social do pacto, sem esquecer o fenômeno extremamente benéfico da constitucionalização do direito privado e sua imediata repercussão no contrato, com destaque para o contrato bancário de crédito, tendo como maior representante dessa fase do direito o incentivo à dignidade da pessoa humana, que pode ser evidenciado pelo solidarismo que saiu da Constituição da República, para espalhar-se no direito do particular, agora no contrato.

Buscam-se no campo contratual algumas anotações de origem histórica do contrato, principalmente no período oitocentista e novecentista, não com a função do historiador de esgotar as fontes históricas do instituto ou com o intuito de estudo aprofundado, mas, sobretudo, com a finalidade de contribuição para a compreensão do atual estágio evolutivo do contrato na sociedade atual.

Essa análise contratual sob o enfoque constitucional e atual do contrato, com seus respectivos princípios, não está vinculada somente ao contrato bancário de crédito, mas, de forma geral, verifica-se também o enveredamento da jurisprudência de fundamental importância, quando o assunto é contrato bancário de crédito; assim acerca da valiosa contribuição da jurisprudência, cita-se a lição de Pietro Perlingieri.

É preciso considerar o papel da jurisprudência, o valor do precedente judiciário (as sentenças dadas precedentemente sobre um caso que o juiz considera análogo àquele a ser decidido) que, mesmo sem sistema diverso daquele Italiano, nem sempre é vinculante. Se a analisar o papel da jurisprudência como fonte, verificar-se-á que não é tanto o ato jurisdicional a criar o direito, mas, sim, a sua *ratio decidendi*, isto

é, o princípio que representa a idéia sobre a qual se funda a sentença; idéia aliás, sempre ligada à *fatispecie* concreta, às suas peculiaridades, que frequentemente, são únicas.<sup>1</sup>

Deve considerar-se também que o estudo da jurisprudência ganha contornos relevantes, inclusive com a instituição no sistema jurídico da súmula vinculante, fundamentando-se também na doutrina, que, aliás merece destaque, na lição de Lenio Streck<sup>2</sup>.  
Veja-se:

“A doutrina e a jurisprudência pré-dominantes estabelecem o horizonte do sentido do jurista, a partir do qual ele compreenderá de forma objetificante ou desobjetificante o direito, é dizer, metafisicamente ou não-metafisicamente. Esse Horizonte de sentido é uma espécie de “teto hermenêutico”, isto é, o limite do sentido e o sentido do limite do processo interpretativo. Forma-se, assim, o imaginário gnoseológico dos juristas, entendido como um depósito contendo uma rede de significações, do interior do qual o jurista/operador do direito dirá o tipo de Direito e o modo de interpretar/aplicar Direito que quer para a sociedade. Esse conjunto de representações está permeado pela crise de paradigma de dupla face, de um lado a doutrina e a jurisprudência trabalham ainda sob a perspectiva de um modelo liberal individualista-normativista; e, de outro, como que avalizando esse (velho) modelo, há o paradigma epistemológico da filosofia da consciência.”

Assim, o primeiro capítulo analisa os aspectos contratuais, os princípios, a constitucionalização do direito privado e contratual, já o segundo capítulo aborda as particularidades diretas dos contratos bancários de créditos, descendo as suas minúcias.

No âmbito específico dos contratos bancários de créditos, esta dissertação dispensa o primeiro capítulo inteiro para tanto, percorrendo sob aspectos da teoria do crédito, analisando-o sob o enfoque legal, com destaque para a Constituição Federal, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, abordando pontos polêmicos de aplicação do CDC nos contratos de créditos empresariais, quando ocorrer relação de consumo, estudando de perto as duas teorias que tratam o assunto, finalista ou subjetiva e a maximalista ou objetiva, deixando evidenciada a posição da dissertação, que para os contratos empresariais de créditos, a teoria que melhor se adequou é a finalista, muito embora não seja unanimidade.

O estudo dos contratos bancários de créditos não pode deixar de analisar as normas editadas pelo Banco Central do Brasil, pois essa subnormatização cuida de perto dos contratos bancários de créditos, uma vez que a Constituição Federal outorga legitimidade ao Banco Central para tanto, inclusive deixando ao Banco Central, ao livre comércio e direito de

<sup>1</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 278.



concorrência a regulamentação das taxas de juros que são praticadas pelas Instituições Financeiras nos Contratos de Créditos, no Brasil..

Contudo, verifica-se que o Banco Central do Brasil, usando de suas atribuições conferidas pela Constituição Federal e pela Lei complementar n.º 4.595/1964, extrapola seus limites e edita normas e regras, que em alguns casos são de competência exclusiva do poder legislativo, cabendo assim ao poder judiciário representado no Supremo Tribunal Federal impor os limites que cada caso exige.

Analisa-se o contrato de crédito bancário e a teoria do crédito, sob suas particularidades, especialmente o regime das garantias que são praticadas nos contratos de crédito, bem como o regime dos juros, para desaguar em uma análise de ocorrência ou não de equilíbrio entre os contratantes.

Destarte, o regime das garantias e o regime dos juros nos contratos bancários de créditos, diante da constante ebulição em que vive a jurisprudência: Neste particular, a dissertação traz vários julgados e, inclusive, posicionamentos divergentes, como por exemplo a questão do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária e penhor; para a maioria dos Tribunais Estaduais inexistente o depositário infiel, diante da aplicação do pacto de São José da Costa Rica, enquanto que o STJ, por longo tempo, seguiu o mesmo posicionamento; contudo, atualmente, debate-se acerca da questão não tendo ainda posicionamento unânime, mas caminhando para reconhecer a existência de depositário infiel, em caso de não ser o bem encontrado na posse do devedor, afastando assim a incidência do Pacto de São José da Costa Rica, posição, aliás, que é determinada severamente pelo Supremo Tribunal Federal, que recentemente tem tido ministros com posicionamento divergente.

Por fim, o terceiro capítulo abordará os problemas e as soluções encetados na celebração de contratos bancários de créditos na atividade empresarial, sendo que para aqueles contratos de créditos bancários celebrados com custo e juros baixos, o êxito de sucesso ao cumprimento da obrigação contratual assumido e o retorno do investimento é grande, tendo repercussão extremamente positiva na atividade empresarial, cumprindo assim o pacto a função social do contrato, pois além de beneficiar as partes contratantes, também beneficiará toda a sociedade, com geração de riquezas ao redor da atividade empresarial e inclusive empregos.

Todavia, verifica-se, que o crédito com juros e custos baixos somente pode ser conseguido por meio e pelo BNDES, que embora possua dinheiro disponível, dificilmente empresta às pequenas e médias empresas, disponibilizando apenas para as grandes corporações, que em muitos casos sequer precisam deste dinheiro.

Entrementes, o que se tem é que a grande maioria das empresas, principalmente as pequenas e médias empresas, não conseguem o crédito subsidiado do BNDES e são enviadas ao crédito comum de emergência que encontra-se disponível, no entanto com juros e custos elevadíssimos, que ao invés de socorrerem a atividade empresarial, acabam por criar uma situação justamente ao contrário, o superendividando da empresa perante a Instituição Financeira.

Assim, a dissertação trabalha ao final o superendividamento da atividade empresarial frente às instituições financeiras e a completa ausência de mecanismos processuais para socorrer a empresa endividada no judiciário, que não é falida e não pretende valer-se da Lei de falência e recuperação judicial, mas pretende discutir sua situação.

Neste aspecto socorrem-se as empresas endividadas de mecanismos legais lançados no CDC e no CC/2002, para promoverem ações de revisões e rescisões contratuais, com o intuito de discutir o débito, na perspectiva de manutenção da atividade empresarial; e a legislação não exige maiores requisitos para determinar a revisão do contrato bancário de crédito.

Registre-se que sobre a problemática da questão do superendividamento da atividade empresarial, frente às instituições financeiras, mediante a celebração dos contratos bancários de créditos, a grande dificuldade do presente trabalho foi encontrar doutrina e julgados acerca do tema, que só não são inexistentes no Brasil, diante de doutrina e julgados encontrados que tratam do assunto sob a ótica do direito do consumidor, que serviram de parâmetro por analogia ao presente feito.

Por fim, o trabalho realiza estudo das possibilidades de revisão e rescisão contratual no âmbito do CDC e do CC/2002, bem como discussão das causas do inadimplemento do contrato bancário de crédito, com destaque para a mitigação da tutela protetiva da boa-fé objetiva e da função social do contrato para tanto, não com a finalidade de inadimplir por completo o pacto, mas, sobretudo, que seja adequado a sua realidade, bem como para os necessários expurgos que são indevidos e ilegais, observando sempre que sistema legal repudia a onerosidade excessiva e a lesão sofrida.

## 1 O CONTRATO DE CRÉDITO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

### 1.1 BREVES ANOTAÇÕES DE ORIGEM, HISTÓRIA E CONTEXTO CONTRATUAL

Não se pode negar a importância do contrato na sociedade ocidental, o qual tem em seu surgimento ligação forte com o liberalismo, e sofre deste forte influência, que perdurou por mais de séculos, pois surgiu para a facilitação das trocas comerciais mercantis e com o propósito de vincular os contratantes na medida exata da vontade de cada um. Era uma das idéias centrais do liberalismo, que surgiu com força no XVIII.

Portanto, o contrato juntamente com a propriedade constituem-se como pilares do sistema jurídico liberal, sustentados principalmente pela expressão da autonomia da vontade e exercendo grande influência no mundo econômico por serem instrumentos da dinâmica econômica e da segurança jurídica que operava entre os contratantes de fundamental importância de sustentação para o modelo liberal.

O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade, e o contrato definido com instrumento de sua convalidação.<sup>3</sup>

Códigos como o Código Civil Napoleônico do ano de 1789, em seguida o Código Francês de 1804, o Código Civil Italiano de 1865, BGB (Código Civil Germânico) de 1896, o Código Civil Espanhol de 1889, ainda o Código Civil Brasileiro de 1916, dentre outros, representaram a mais pura mentalidade burguesa da concepção de autonomia da vontade, igualdade e liberdade, que era determinada pelo liberalismo, defendido pela burguesia e que sustentava o sistema contratual diante da forte codificação.

Diante das alterações sofridas pela sociedade burguesa liberal, o contrato foi diretamente afetado; assim, a principal influência em relação à alteração no padrão contratual foi, sem dúvida, a revolução industrial, surgindo situação que o modelo liberal não mais suportava, dentre elas citam-se princípios que foram afetados, tais como o da intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*), da relatividade dos efeitos do contrato, da igualdade e da

---

<sup>3</sup> NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (Org.). **Contrato & Sociedade**. A autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 110-111.

expressão de vontade dos contratantes. Conforme preconiza Paulo Nalin: “Passa do momento de consolidação do direito à liberdade contratual para o momento de sua exploração, necessidade preeminente após a revolução industrial.”<sup>4</sup>

Iniciavam-se, dessa forma, as transformações contratuais, que se seguem em dias atuais, pois com a produção e distribuição em massa e, sobretudo, pelo surgimento do mercado consumidor, aumentam de forma substancial a complexidade nas relações contratuais.

Têm-se ainda os adventos tecnológicos, que fazem surgir a contratação eletrônica<sup>5</sup>, que acompanha a velocidade do capitalismo atual e implementa-o, o que rompe o contrato com os princípios clássicos, tornando necessária não só nova legislação para adequar-se a essa nova realidade, mas também transformações na mentalidade dos operadores e intérpretes do direito.

### 1.1.1 O direito contratual oitocentista e novecentista

O direito, por todo o período oitocentista e novecentista, foi profundamente marcado por uma orientação individualista, diante de princípios burgueses e da supremacia do período liberal que norteava a sociedade da época; desse modo, o contrato sofreu influência direta de aspectos e características individualistas liberais burguesas de forma concreta e absoluta com a incidência inclusive da legislação, mencionando os consagrados Códigos Civis, Napoleônico, Francês, BGB, e Código Civil Italiano.

Dessa forma, explica-se a orientação individualista que os princípios clássicos do contrato adotaram e pela sobrevivência por longo período, baseados no liberalismo que era norteado pela igualdade, liberdade e livre vontade, que perduraram por todo o período liberal.

O direito foi marcado durante os séculos XVIII e XIX, por uma orientação individualista, pela qual o paradigma legal maior era o princípio da igualdade formal, que tinha como fundamentos a idéia de liberdade, de todos para regerem

---

<sup>4</sup> NALIN, 2006, p. 111.

<sup>5</sup> “A contratação eletrônica não é tão simples como parece, pois pode envolver contratação eletrônica de consumo, bem como um contrato internacional, em que é regido pelo direito internacional. Nota-se, pois, que a atual legislação contratual, acrescida da tão propalada *lex mercatoria* são suficientes para a compreensão e tentativa de esclarecimentos desta nova fronteira comercial”. (GLITS, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual**: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 240)

suas vidas de acordo com a própria conveniência como iguais, abstraindo desta forma a realidade marcada por profundas diferenças sociais e econômicas.<sup>6</sup>

No entanto, a igualdade, liberdade e a vontade dos contratantes no período liberal, em seu surgimento, como teoria contratual, ignoraram a realidade, pois não era o que se vivenciava no campo social e econômico. Nesse sentido, veja-se:

A concepção clássica do contrato caracterizava-se por um radical monismo axiológico, alimentado por uma racionalidade estritamente auto-referencial, fechada sobre si própria. (Cfr., quanto ao segundo aspecto. Hugh Collins. *Regulating Contracts*. Oxford.1999.32.) Sendo a liberdade individual reconhecida, no campo do contrato, como valor único e absoluto. Era ela perspectiva em termos puramente formais e jurídicos, com quase total irrelevância normativa das condições materiais e das conseqüências do seu exercício. A conjugação destas duas linhas de pensamento conduziu ao isolamento do contrato do “mundo da vida”, ao corte com todas as suas conexões “externas”.<sup>7</sup>

Porém, o que sustentou a concretude da teoria contratual no período liberal oitocentista e novecentista foi a máxima jurídica, ‘a vontade faz lei entre as partes’, tendo o direito contratual como princípio norteador e quase intocável em sua determinação da autonomia da vontade, pela qual operava a liberdade de cada homem em uma sociedade que supostamente todos eram iguais, mesmo que não o fossem na prática, pois o contrato como instrumento máximo da liberdade individual fazia com que essa igualdade disfarçada fosse observada.

Assim, o contrato, efetivamente, tornava leis entre as partes, e obedecer a ele era mais que regra, mais que lei, era a base de todo o sistema legal, cultural, moral, ético, sustentando também os aspectos econômicos e sociais em que estava inserido.

Frente a esse sistema estabelecido, “as teorias que discutiam a validade e eficácia dos atos negociais contratuais se preocupavam apenas com o controle entre o desejado e o declarado”<sup>8</sup>, não discutindo atos jurídicos nos quais houvesse uma vontade ‘viciada’, ou seja, deveria o contrato trazer necessariamente a vontade do indivíduo. Era a chamada teoria da declaração da vontade<sup>9</sup> que foi adotada expressamente no Código Civil de 1916, no artigo

<sup>6</sup> SOTO, Paulo Neves. *Novos perfis do direito Contratual*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual**: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

<sup>7</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direitos dos Contratos – Estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 35.

<sup>8</sup> SOTO, op. cit., p. 298.

<sup>9</sup> “Teoria da declaração é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objectivo. A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis, dos actos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual às atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, numa palavra, à vontade das partes.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 298)

85<sup>10</sup>; poderia ser usado eventualmente para discutir o contrato, a teoria mencionada acima, que por sua vez remonta ao Código Francês de 1804. Nesse sentido, é a lição de Enzo Roppo:

Recorde-se a concepção do contrato (e, portanto, do negócio jurídico) amadurecida nos séculos XVII e XVIII e aperfeiçoada no século XIX, na base do postulado jusnaturalístico que individualizada na vontade humana a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e das obrigações legais: o contrato é <consenso>, isto é <encontro de vontades>; o negócio jurídico é declaração de vontade (retro, cap. I, 4.3.). Falava-se, então, de <teoria da vontade> como chave para entender, em geral, a disciplina das trocas contratuais: e afirmava-se que as conseqüências do contrato devem ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes, e que o direito deve reagir a qualquer imperfeição ou perturbação do processo de formação da vontade dos contraentes, cancelando a operação em que – por ausência ou defeito, por assim dizer, do seu pressuposto psíquico – faltasse o seu próprio fundamento.<sup>11</sup>

Torna bastante evidente que os períodos oitocentista e novecentista, embora, com suas particularidades, foram bastante importantes para a evolução do contrato em seus mais profundos aspectos, principalmente na atualidade, uma vez que na sociedade vivenciava-se o ideal liberal, influenciando a coletividade, a norma jurídica. Tal fato não foi diferente com o contrato, que no individualismo liberal restou sustentado por princípios contratuais que representavam o pensamento da época, tais como liberdade, igualdade e vontade dos contratantes, contudo, na prática, representava a superioridade da força da vontade do mais forte na relação contratual em prejuízo da parte mais fraca, criando grande desproporção entre os contratantes e suprimindo, dessa forma, a vontade do mais fraco na relação contratual.

De fato, estando a figura do negócio funcionalizada a uma outra categoria, a de sujeito de direito (Cfr C. Marco Mazzise. “Princípios voluntaristico e rilevanza della posizione dei soggetti”. m. Salvi. ob. em. 194), a única relação que nela releva é a relação vertical entre o sujeito e o ordenamento, a articulação entre a vontade negocial do emitente da declaração e a vontade da lei que a reconhecem limita e complementa. A “soberania da vontade” de cada um confronta-se apenas, nesta representação modelar, com as constringências advenientes da esfera normativa.<sup>12</sup>

Não obstante, em nossos dias, tais princípios ainda se encontram aplicáveis em rotineiras situações contratuais, principalmente, na prática empresarial, naturalmente que agora temperados pela nova ordem legal vigente e nos princípios novos surgidos. “O direito civil codificado regula subsidiariamente os contratos, respeitando a autonomia privada,

<sup>10</sup> Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.

<sup>11</sup> ROPPO, 1988, p. 297-298.

<sup>12</sup> RIBEIRO, 2007, p. 38.

auxiliando-a com o recurso ao direito supletivo e controlando-a através da ordem pública imperativa. As nulidades são expressas e conduzem à frustração do negócio.”<sup>13</sup>

### **1.1.2 O contrato na ordem jurídica brasileira moderna, com destaque para o contrato de crédito**

O contrato está sob forte regência de um novo modelo contratual, que já não é de hoje que vem sendo praticado, sofrendo influência de diversas legislações internas<sup>14</sup> e que deve ser analisado de acordo com o tema apresentado, que no caso em questão são os contratos de crédito. Assim, passa pela análise do Código de Defesa do Consumidor, bem como Código Civil Brasileiro, que introduziram diversos princípios contratuais que adiante serão analisados.

A Constituição Federal da República do Brasil também exerce influência acerca do contrato, principalmente diante da chamada constitucionalização do direito Civil, tornando assim patente a incidência de princípios constitucionais no direito privado contratual, com destaque para a igualdade substancial, solidariedade social, dignidade da pessoa humana, proporcionando uma mudança permanente no direito contratual. É a mais forte evidência da inter-relação entre o direito constitucional e o direito civil, não mais estanques e sim intimamente interligados. Nesse ponto, cabe citar Lorenzetti, “Por isso é que o direito privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma “constitucionalização do Direito Civil.”<sup>15</sup>

Assim, encontra-se situado o contrato bancário de crédito na ordem jurídica brasileira, sob a influência e determinação do sistema legal em que está inserido o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, além de uma gama de regras que regem a subnormatização

---

<sup>13</sup> LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 47.

<sup>14</sup> Lorenzetti aponta essa tendência como irreversível, no que denomina de microssistemas, (microssistemas da empresa, de proteção ao consumidor, direito bancário, direito marítimo, aduaneiro, tributário etc.) “Por outro lado, quem é especialista em Direito Bancário seguramente evitará opinar sobre direito Marítimo, Aduaneiro ou Tributário. Cada especialista vai adquirindo sua própria dificuldade, e é quase um pecado falar de direito Comercial totalizador.” (Ibid., p. 46.)

<sup>15</sup> Ibid., p. 253.

do sistema financeiro<sup>16</sup>, bem como diante da extensão constitucional, sobretudo, ante a constitucionalização do direito civil, conforme assevera João Bosco Leopoldino Fonseca:

O contrato não existe isoladamente mas, sim, dentro de um contexto, no interior de um conjunto normativo. É ele um dos institutos de que se compõe um ordenamento jurídico e, portanto, acompanha sempre o seu modo de inserção na sociedade de que é expressão. Essa evolução do ordenamento e, mais especificamente, do contrato, segue o caminho das alterações ocorridas no âmbito da sociedade de que o direito nada mais é do que uma expressão cultural.<sup>17</sup>

Deve observar-se que ocorre necessidade de análise do contrato no conjunto global no sistema jurídico, o que inclusive foi ponderado acima; entretantes, diante da vocação do presente trabalho, faz-se necessário o enfoque do contrato bancário de crédito e sua inserção na ordem jurídica brasileira moderna.

## 1.2 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E REPERCUSSÃO NO CONTRATO DE CRÉDITO

O tema, apesar de ser contemporâneo, não se apresenta fácil, diante de sua complexidade, muito embora não sejam poucos os que escrevam acerca da constitucionalização do direito privado.

No direito Brasileiro, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, o assunto foi abordado, por Luiz Roberto Barroso<sup>18</sup>, em seu livro: *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*; todavia um pouco distante da forma e concepção que hodiernamente é tratado.

A Constituição de 1988 demarcou não somente no campo jurídico constitucional o surgimento de uma carta modificatória, mas, sobretudo, nos aspectos sociais de mentalidade

---

<sup>16</sup> Cita-se o Banco Central do Brasil como órgão subnormatizador do sistema bancário brasileiro, afetando diretamente os contratos bancários de créditos. Como por exemplo, a taxa básica de juros que é decidida pelo COPOM – Comitê de Política Monetária (órgão vinculado ao Banco Central). “É privativa do BC a faculdade de criar moeda (emitir-la) sob a forma manual (moeda metálica e papel-moeda) ou escritural (reservas bancárias), para cujo controle dos clássicos instrumentos de política monetária com ação direta sobre a capacidade de os bancos comerciais expandirem empréstimos, ou os meios de pagamentos: o depósito compulsório, o redesconto, o mercado aberto e ou contingenciamento do crédito.” (FONTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007, p. 85)

<sup>17</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 73.

<sup>18</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.



de proteção de direitos sociais e individuais, desaguando no direito privado, enfrentando com valentia o então robusto e enraizado Código individualista e liberal de 1916, pois determinou mudanças no direito privado, fragmentando-o em microsistemas, fundamentados na Constituição da República.

Assim, a Constituição ainda serve como interpretação jurídica, delimitando valores e regras aos microsistemas (CDC, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de locações, dentre outros) estabelecidos que são de origem e até mesmo de determinação Constitucional, o que outrora não existia, diante da distância existente entre constituição e direito civil, inclusive representados por direito público e direito privado.

O próprio código civil atual trabalha com a idéia de sistema jurídico, apoiado ou dependendo do sistema Constitucional em uma rede hermenêutica, axiológica de princípios que formam um novo conjunto de valores jurídicos. Nesse sentido, necessário citar a lição de Luiz Edson Fachin, “Assim se propõe o Direito Civil contemporâneo, aberto e plural dialógico no método dialético em sua substância; à luz do paradigma pedagógico emancipatório do saber e do ensino jurídico, alavanca seu fomento em perfis que decodificam o presente, denunciam o ultrapassado e arrostam o porvir em diálogos interdisciplinares.”<sup>19</sup>

Importante trabalho realiza Gustavo Kloh Mulher Neves, ao fundamentar que a sistemática atual de constitucionalização do direito Civil tem diversas raízes históricas em diversas teorias que, embora fragmentadas pelo tempo, servem de base ao atual, sistema jurídico que convergem em civil-constitucional nos países germânicos romanos, a saber:

A jurisprudência dos interesses, o pensamento de Kelsen e outras contribuições. (...) Quanto às idéias de KELSEN, são de todos conhecidas. Não há, em sua obra, referência direta à questão dos princípios, já que a base da teoria do direito de KELSEN é a norma em si, qualquer que seja a sua redação ou posicionamento na ordem jurídica. Desde que a norma seja elaborada conforme a supra-estrutura do ordenamento e oriunda de uma fonte do direito, será jurídica e impositiva, não havendo dicotomia quaisquer em sua natureza (...). A mais relevante virada, entretanto, deve-se ao fato de que alguns magistrados alemães efetivamente começaram a dar aplicação aos marcos teóricos obtidos por KELSEN e HECK; o último, quando da implementação da Carta de Weimar; o primeiro, quando ocorridos os tristes incidentes da Segunda Guerra Mundial.<sup>20</sup>

Também para Gustavo Kloh Mulher Neves, importante teoria que ajuda a explicar os aspectos da constitucionalização do direito privado é a “Tópica e jurisprudência, citada e

<sup>19</sup> FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual**: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 42.

<sup>20</sup> NEVES, Gustavo Kloh Mulher. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual**: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 6-7.

aperfeiçoada por Theodor Viehég. A tópica amplia a dimensão política do pensamento jurídico, já que um dos seus pressupostos metodológicos é a legitimação do direito pela aceitação da premissa por parte do interlocutor. É através da utilização de argumentos típicos, denominados *topoi*, que se obtém uma solução jurídica – política para o problema.”<sup>21</sup>

Conclui que segundo “a tópica é, portanto, uma tentativa inicial de organizar as manifestações, “livres” do Poder Judiciário, buscando uma sustentação política, através do argumento, da decisão judicial.”<sup>22</sup>

A observação feita acima é apenas para demonstrar a preocupação de um estudo mais abrangente e profundo do direito no aspecto de tentar unificá-lo e não separá-lo. Não é de hoje que isto ocorre, sendo no momento a tentativa de unificação à Constituição, passando pela pessoa como a base do sistema, principalmente a dignidade humana, cuja observância é fundamental nos contratos bancários de crédito, pois muitas vezes o contrato serve para dar substrato à instrumentalização da dignidade humana, por meio do capital.

Ademais, atualmente, vive-se diante da complexidade cada vez maior das regras, princípios jurídicos, que se entrelaçam com aspectos sociais, culturais por demais particulares e igualmente complexos (estando o contrato de crédito bancário inserido neste contexto), em que a literalidade da lei não mais abarca tais situações, apresentando-se de fundamental importância o ordenamento jurídico centrado na Constituição Federal, cujo alcance é maior e ainda diante da extensão de suas determinações legais. Não que se fuja ao estatuto privado; pelo contrário, este se fundamenta na Constituição para poder ganhar força na regulamentação de suas regras, não existindo mais a diferenciação de público e privado. Neste sentido, Maria Celina B. M. Tepedino:

Direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado de ser âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e de substancial – isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade – se transforma em distinção meramente “quantitativa”: há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos de quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> NEVES, 2002, p 8-9.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p 9.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Maria Celina B.M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Direito Civil**, São Paulo, n. 65, 1992, p. 26.

Paulo Nalin apresenta sete elementos metodológicos para se alcançar o entendimento da constitucionalização do direito civil. São premissas para a constitucionalização do direito civil e até mesmo o seu entendimento; a primeira estaria na própria regra jurídica existente no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro passo para a compreensão desta nova metodologia está na própria regra jurídica, em sentido mais amplo, passando a técnica legislativa, do tipo hermético (preceito e sanção), às cláusulas gerais, abrangentes e abertas (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito Civil. In: Temas de Direito Civil. 1999. p. 9). O modelo estratificado da regra jurídica composta de preceito e sanção, notabilizado, no seu todo, pelo sistema jurídico dito fechado, posterior objeto de análise, não se coaduna com a necessária plasticidade do tecido normativo às tendências sociais. A Constituição Brasileira tem esta característica, repleta de dispositivos ávidos a serem concretizados com base na experiência hermenêutica.<sup>24</sup>

O segundo aspecto apontado por Paulo Nalin consiste:

Na redução do contexto técnico da linguagem utilizada nos textos legais (...). O comprometimento legislativo com a linguagem vulgar, a qual se distancia do apuro técnico e específico do Código Civil, implica maior eficácia das regras constitucionais e infraconstitucionais, sobretudo, realizando, o comando constitucional de se construir um Estado Democrático de direito (CR, art. 1º), democratizando-se o Direito com a funcionalização da linguagem técnico-jurídica.<sup>25</sup>

A terceira premissa apontada diz respeito ao caráter de sanção na norma jurídica, norma de intervenção para o desencorajamento de condutas não desejadas pelos Estado. “Encontra-se a sua descaracterização, quando assentada sempre em enredo sancionatório repressor (negativo).”<sup>26</sup>

Na quarta característica “está a tendência em se condicionar a efetividade dos efeitos patrimoniais dos atos jurídicos (*lato sensu*) atrelados à realização de valores superiores do ordenamento. Tal como a dignidade da pessoa humana (CR, art. 3º, inciso III).”<sup>27</sup> Nesse contexto, o intérprete deve buscar adequar-se o contrato, dentro dos direitos fundamentais da pessoa humana, e sendo a dignidade, o mais desejado de todos, passando assim obrigatoriamente à interpretação constitucional do contrato.

A quinta premissa consiste na constante revisão e atualização das fontes do direito. Assim afirma Paulo Nalin, “compreende-se na revista as fontes do direito e na reafirmação da

---

<sup>24</sup> NALIN, 2006, p. 34.

<sup>25</sup> Ibid., p 34-35.

<sup>26</sup> Ibid., p 35.

<sup>27</sup> Ibid., p 36.

prevalência da Constituição, em face do Código Civil. Tal premissa é corolário direto da anterior, quando reafirmada a interpretação da regra civil conforme a constituição.”<sup>28</sup>

Até porque, a Constituição atua como norma centralizadora e reguladora dos demais sistemas jurídicos, criando uma unidade, necessária à “paz jurídica”. Nesse sentido, cita-se o entendimento de Luiz Roberto Barroso:

Portanto, a Constituição não é um simples agrupamento de regras justapostas ou sobrepostas e sim uma ordem jurídica na qual se encontram previstos os valores superiores e as diretrizes fundamentais, traduzidos em seus princípios consubstanciados nas premissas básicas de uma determinada ordem jurídica a se irradiar por todo o sistema jurídico, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.<sup>29</sup>

A sexta característica, apontada por Paulo Nalin como elemento de método da constitucionalização do direito Civil encontra-se no

novo contratualismo. Um contratualismo contemporâneo, que revela a fórmula pela qual a sociedade exterioriza os seus interesses sociopolíticos por intermédio da negociação legislativa. Respeitando os múltiplos interesses sociais que se apresentam ao debate político, são redigidas leis setoriais (matéria em especial) e especiais (grupo ou pessoas em particular).<sup>30</sup>

O novo contratualismo é uma realidade. Assim, faz necessária a sua observação frente à Constituição, contudo deve o intérprete analisar o caso concreto, pois entende-se que os velhos princípios do direito contratual clássico não foram banidos do sistema jurídico. Nesse sentido, cita-se Rogério Zuel Gomes:

que passamos a tecer alguns comentários sobre questões que reputamos sintomáticas, a justificar a afirmação que existe uma teoria contratual contemporânea ou uma nova ordem contratual, nada obstante à referida teoria conter elementos fundantes da teoria contratual clássica que ainda devem ser levados em consideração quando da análise dos casos concretos.<sup>31</sup>

Nesse contexto, não se pode esquecer de citar a lição de Gustavo Tepedino:

As cláusulas gerais adotadas pela Lei 10.406/02 impedem a proliferação de lacunas nascidas com o transcorrer da evolução social; dessarte, faz-se necessária também a

<sup>28</sup> NALIN, 2006, p 39.

<sup>29</sup> BARROSO, Luiz Roberto. A crise econômica e o direito constitucional. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 58, jun. 1993, p. 109.

<sup>30</sup> NALIN, op. cit., p 43.

<sup>31</sup> GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 58, abr.-jun. 2006, p. 184.

quebra do paradigma interpretativo, a se instrumentalizar por meio de uma reforma do comportamento exigido até então dos exegetas.<sup>32</sup>

A sétima e última premissa verificada por Paulo Nalin aponta como a possibilidade de aplicação absoluta das normas constitucionais na relação civil,

resta patente a opinião sobre a plena, irrestrita e incondicionada aplicabilidade da norma constitucional às relações interprivadas, na medida do reconhecimento de um ordenamento jurídico unitário e da normativa constitucional como regra de conduta, posta no sentido da funcionalização dos institutos jurídicos preexistentes, regramento infraconstitucional aberto às novas tendências sociais.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, assevera Pietro Perlingieri, veja-se:

Não existem, portanto argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais - e dos valores por elas expressos - em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos.<sup>34</sup>

O direito civil não é o mesmo praticado pelo Código Civil de 1916, visto que foi inovado pelo Código Civil de 2002, sem contar com os microssistemas instalados durante anos, com influência da Constituição de 1988; que embora moderna, traz uma profunda vocação na proteção aos direitos fundamentais e principalmente sociais, desaguando com a determinação de observância à dignidade da pessoa humana em todo o direito Brasileiro.

Nesse contexto, elege-se a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república e ao mesmo tempo elenca-se a livre iniciativa como um dos princípios da república, criando uma verdadeira dicotomia de princípios e idéias que embora completamente diferentes, tenham que conviver e ainda se completarem. Nesse sentido, é a lição de Rogério Zuel Gomes. Veja-se:

A Constituição aponta como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que considera como um dos princípios fundantes da economia, a livre iniciativa. Lembramos que o conteúdo constitucional há de ser interpretado como um conjunto homogêneo de preceitos, de modo a se buscar o equilíbrio os fundamentos da República e os demais preceitos constantes da Constituição. Assim é porque na Constituição todos os preceitos têm igual

<sup>32</sup> TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1011.

<sup>33</sup> NALIN, 2006, p 49.

<sup>34</sup> PERLINGIERI, 2002, p. 11.

dignidade, não havendo normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional.<sup>35</sup>

Assim, a constitucionalização do direito civil passa pela análise do intérprete, que deve ponderar a aplicação dos princípios do direito privado, função social, boa-fé objetiva, dentre outros, sob o vetor da dignidade da pessoa humana<sup>36</sup>, sem contudo jamais deixar de esquecer que a livre iniciativa está no mesmo patamar constitucional que a dignidade da pessoa humana, equilibrando-se os pesos e as medidas na exata correlação que o fato concreto exigir.

A Constituição de 1988 elege claramente a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Social Democrático de Direito, afastando assim do direito civil o caráter patrimonialista, que imperou na égide do Código Civil de 1916. Desse modo, o intérprete, diante deste enfoque, deve analisar os princípios do direito privado, jamais afastando-se da dignidade da pessoa humana, sob pena de confrontar a norma Constitucional.

Observa-se que este novo arquétipo estatal traz consigo mudança de postura, que abandona a ética individual em que se focava a liberdade negocial em busca de uma ética social impregnada pelo solidarismo, impondo-se não apenas ao poder público, mas também à sociedade a responsabilidade pela existência de cada um dos seus componentes.<sup>37</sup>

Maria Celina. B. M. Tepedino chama a atenção de que "a transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista, empresarial (em uma palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, tornam-se prioritários no âmbito do direito civil".<sup>38</sup>

No entanto, aliado ao pensamento acima transcrito, em igualdade Constitucional está a livre iniciativa, que por sua vez fomenta a economia, gera riquezas, empregos e ajuda a sustentar a dignidade da pessoa humana. Portanto, são "aliados" e não "adversários" e juntos ajudam a constitucionalização do direito civil, que nada mais é que o reconhecimento da incidência de valores, princípios e normas constitucionais no direito civil.

<sup>35</sup> GOMES, 2006, p. 182.

<sup>36</sup> Neste mesmo sentido, "O direito privado, regulado pelo Código Civil e por outros estatutos legais, dentre os quais destacamos o Código de Defesa do Consumidor, não pode permanecer alheio ao conteúdo constitucional, por isso acreditamos que princípios de direito privado, tais como o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva, deverão de auxiliar o hermeneuta na construção de uma teoria contratual afinada com as práticas contemporâneas, afeita aos fundamentos de estatura constitucional, sempre salvaguardando a dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação. A dignidade da pessoa humana, como direito fundamental, se traduz na garantia de que os cidadãos possam conviver num modelo de Estado Democrático de Direito orientado ao respeito e à promoção da pessoa humana na sua dimensão individual, ou conjugando esta com a exigência de solidariedade, corolário do componente social e coletivo da vida humana" (GOMES, 2006, p. 182-183).

<sup>37</sup> VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

<sup>38</sup> TEPEDINO, 1992, p. 28.

Não se pode negar que neste contexto, o papel dos princípios do direito opera fundamental importância, pois integra e harmoniza os institutos, reestruturando a ordem estabelecida; nesse contexto é a determinação de Ricardo Lorenzetti, “Uma nova reestruturação do sistema jurídico, em torno de princípios e valores, novos aglutinados de uma ordem renovada, sistema este que em momento algum se confunde com pseudo-sistema casuísta.”<sup>39</sup>

O que torna evidente a oxigenação do direito civil e sua efetividade, veja-se a lição de Gustavo Kloh Mulher Neves:

Por conseguinte, é inegável que a renovação e a funcionalização do Direito ‘Civil, voltadas para a valorização da pessoa, e a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, não prescindem da teoria dos princípios como marco teórico, nem da Constituição como repositório primaz destes princípios. Em uma ordem constitucional que admita uma interpretação pluralista e aberta, como a nossa, o conhecimento do papel dos princípios por parte dos operadores do direito é imprescindível. Apenas assim poderemos dar correto atendimento aos objetivos fundantes de nossa Estado Democrático de Direito, que são compromissórios, amplos, flexíveis e normativos, e portanto, princípios.<sup>40</sup>

Assim, encontra-se no direito contratual que, além de importar em operações de cunho econômico e com interesses quase sempre de particulares, esteja atento e voltado à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, aliado aos princípios contratuais do direito civil como um todo, do Código Civil e do Código de defesa do consumidor, tais como função social, boa-fé objetiva, solidarismo, equidade, transparência, confiança, que também naturalmente orientam de forma imediata e direta, e que podem ser perfeitamente observados e incrementados pelos contratos bancários de créditos, evidenciando assim a importância dos princípios no âmbito do direito privado e contratual, irradiados pela Constituição Federal.

---

<sup>39</sup> LORENZETTI, 1998a, p. 77.

<sup>40</sup> NEVES, 2002, p 16.

### 1.2.1 Releitura dos Princípios Contratuais na perspectiva dos Contratos Bancários de Créditos

O direito privado, tendo o contrato como parte relevante, vem de longe sofrendo transformações, que já não podem mais ser ignoradas, ou tidas como mudanças recentes ou pontuais.

Partindo desta lógica, tem-se que o direito contratual sofre transformações constantes com alguns princípios superados há séculos, enfrentando outros que têm menos de um lustro, fazendo-se necessária, a análise de ambos, inclusive em confrontação. Dessa maneira, o estudo passa necessariamente por uma releitura dos provecos princípios contratuais e os hodiernos que devem ser analisados como a desconfiança necessária que o novo traz, com destaque para a realidade jurídica do País.

Assim, tem-se que o contrato, desde seu início até o fim do século passado, amparou-se em alguns princípios intangíveis, até então ditos clássicos<sup>41</sup>, sustentando inclusive toda a sistemática do direito privado, pois era fundado na força obrigatória do contrato ou a autonomia da vontade, baseado no *pacta sunt servanda*, cita-se também a autonomia privada fundada na vontade, tendo na base o individualismo do período liberal moderno, com ligação na prática dos hábitos burgueses.

Não se pode deixar de observar que os princípios contratuais clássicos fazem frente atualmente a outros princípios hodiernos que se estabeleceram fortemente no meio jurídico, sendo necessário analisá-los, a saber: O equilíbrio de obrigações, as cláusulas adesivas, boa-fé contratual, função social do contrato, frente principalmente ao maior fenômeno de transformação do direito privado e do contrato; A constitucionalização do direito Civil.

Há, contudo, a necessária abordagem dos princípios contratuais sob o enfoque empresarial, com a exata releitura atual, e influência da constitucionalização do direito privado.

---

<sup>41</sup> O direito contratual clássico é aquele do Código Civil Francês, que foi abarcado pelo Código Civil Brasileiro de 1916, em que reinaram os princípios da igualdade, liberdade e autonomia da vontade, fundado no liberalismo que trazia o individualismo como maior requisito. “O liberalismo econômico refletia seus idéias no modelo normativo vigente ao caracterizar o contrato como instrumento a permitir a livre e ampla movimentação de riquezas na sociedade, Daí a definição clássica de contrato, que elenca seus elementos básicos: (a) vontade; (b) do indivíduo; (c) livre (isenta de vícios ou defeitos); (d) definindo ou criando direitos e obrigações.” (RIBEIRO, 2007, p. 431)



Ocorre que o atual estágio evolutivo da sociedade não mais admite a prevalência de um sistema que opera de modo alheio a ideais que persigam a justiça social<sup>42</sup>, o que foi inclusive consagrado na Constituição da República, atualmente interligado no sistema jurídico civil constitucional.

O contrato já sob uma análise moderna é observado pelo enfoque legal, conforme assegura Ricardo Lorenzetti: “É evidente que o contrato é um fenômeno que não é unicamente a expressão da autonomia privada. Como afirmamos e confirmaremos mais tarde, está desde o início consubstanciado com a regulamentação legal.”<sup>43</sup>

Não resta dúvida de que o contrato não é restrito somente às partes, devendo observar o sistema jurídico, em que está inserido, passando a ser analisado sob o enfoque legal da coletividade e não pelo enfoque individual da parte; é neste contexto que a constitucionalização do direito civil opera seus efeitos no contrato, conforme assevera Andreza Cristina Baggio Torres.

Neste ínterim, é certo que, através de sua análise sob a luz da Constituição, o contrato perde as características do individualismo exacerbado que o fundamentaram na teoria clássica, passando então a ser visto como instrumento da realização do trânsito jurídico não apenas para a garantia de família e de propriedade, mas também, para garantir a satisfação dos interesses legítimos do homem, proteger sua subsistência, sua vida, sua dignidade.<sup>44</sup>

Portanto, o contrato deve estar em consonância com os alicerces que embasam não só o negócio jurídico celebrado, deve também observar a ordem legal da sociedade em que se encontra circunscrita, sob pena de não operar efeito algum, nem mesmo entre os contratantes.

Assim, neste novo contexto, em que o contrato deve obrigatoriamente observar e que está inserido os princípios contratuais precisam ser constantemente analisados sob o enfoque atual, principalmente à luz da constituição.

Observa ainda que mesmo tendo a constituição como norte, do sistema contratual brasileiro, tem-se ainda o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, que serão abordados mais detalhadamente no presente trabalho, visto que interessam mais diretamente ao tema proposto.

Embora a Constituição Federal seja fonte da mudança de rumo, nos aspectos contratuais, inclusive com a determinação para edição do CDC, o Código de Defesa de Consumidor opera como marco divisor das mudanças, inclusive apontado por Paulo Nalin,

---

<sup>42</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 441.

<sup>43</sup> LORENZETTI, 1998a, p. 538.

<sup>44</sup> TORRES, 2006, p. 58.

O próprio sistema contratual deu conta de relativizar os clássicos princípios da ordem privada contratual, estabelecendo, por força inicial do Código de Defesa do Consumidor, um regime principiológico inovador sobre a matéria como um todo, sendo este um processo igualmente de origem constitucional.<sup>45</sup>

Muito embora o trabalho em questão analise os contratos bancários de créditos sob o enfoque empresarial, não pode perder de vista a determinação constitucional de obediência do pacto à dignidade da pessoa humana, que, aliás, do ponto de vista conceitual é determinante para o equilíbrio obrigacional, igualdade contratual e a releitura dos princípios contratuais, bastando para tanto a lição de Nelson Rosenvald.

Voltando à filosofia kantiana, José Afonso da Silva, enfatiza que a dignidade da pessoa humana jamais será uma criação constitucional, mas um conceito a priori que preexiste especulativa. Demonstra o constitucionalista que a pessoa humana é um valor absoluto, porque a natureza racional existe como um fim em si mesma. (...) Se o fim natural de todas os homens é a realização de sua própria felicidade não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Há ainda uma função positiva, que consiste em privilegiar, na medida do possível, os fins alheios. Sendo o sujeito um fim em si mesmo, os fins de outrem serão por mim considerados também como meus.<sup>46</sup>

Assim, não se pode negar que mesmo sob o enfoque do direito empresarial nos contratos bancários de créditos, a dignidade da pessoa humana também deve ser aplicada para a interpretação dos princípios aplicados ao contrato na atualidade.

Deve observar que o Código de Defesa do Consumidor, por óbvio tutela relações de consumo, em que a proteção do consumidor é patente, diante inclusive da celebração de contratos massificados, contratos de adesão, fazendo-se necessária a proteção do consumidor, existindo assim uma relação de desiguais que é tutelada pelo CDC, ou seja, o consumidor está sempre em desvantagem no contrato, necessitando de proteção da legislação, e o Código Civil tutela relações de civis, relação de iguais. Assim, tem-se que a tutela não necessita pender para nenhum dos lados uma vez que se deduz serem iguais os contratantes, guardadas as particularidades de cada caso; desse modo citados códigos adotam princípios contratuais parecidos, cada qual tutela relações negociais diferentes, e com particularidades bastante definidas que também serão observadas no trabalho em questão.

Apesar disso, os princípios clássicos do contrato naturalmente que não foram retirados do sistema jurídico legal brasileiro, estando plenamente vigentes e devem ser observados, bem como os princípios contratuais atuais; porém, com a releitura necessária atualizada, sob o

---

<sup>45</sup> NALIN, Paulo. Direito Civil – Constitucional: A função Social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo (Org.). **Contrato & Sociedade**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 19.

<sup>46</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, s.d., p. 7

enfoque do direito civil constitucional, observados em qual relação jurídica se fazem presentes, dentro da análise do presente trabalho a civil e a consumerista, para assim ocorrer a análise do aplicador do direito, que passa a gozar de fundamental importância, pois a interpretação da lei tem amplitude significativa, diante da sistemática contratual, tendo como fundamento e sopro a Constituição Federal.

#### 1.2.1.1 Força obrigatória do contrato e equilíbrio de obrigações

O direito codificado teve seu início com o Código Napoleônico em 1789, posteriormente a tendência confirmou-se, na era da codificação, pelo Código Francês de 1804, o Código Civil Italiano de 1865, BGB (Código Civil Alemão) de 1896, ainda o Código Civil Brasileiro de 1916, buscando e pregando a segurança jurídica nas relações privadas, amparando a força obrigatória do contrato, sustentado pela legalidade e a eficácia contratual.

Percebe-se que a codificação do direito privado estava intimamente ligada à idéia de segurança jurídica, sustentando assim com facilidade a força obrigatória do contrato, em uma era que o brocardo jurídico de que o contrato faz lei entre as partes era fácil de ser amparado, pela legalidade, bem como pela idéia geral de segurança jurídica que as relações privadas deveriam possuir, pois o sistema jurídico brasileiro está baseado principalmente na ordem Constitucional, que segue a segurança jurídica, conforme pontua José Afonso da Silva:

A segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de fatos à luz da liberdade reconhecida” (Cf. Jorge Reinaldo Vanosse, *El Estado de derecho em el constitucionalismo social*, p. 30). Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. Realmente, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro. seu limite temporal pode ser nela mesmo demarcado ou não. Seu texto, às vezes, delimita o tempo durante o qual ela rege a situação fática prevista. Outras vezes, ela é feita para regular situação transitória, decorrida a qual perde vigência e, conseqüentemente, a eficácia. O mais comum, contudo, é que uma lei, uma norma, só perca o vigor quando outra a revogue expressa ou tacitamente. Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou situação jurídica subjetiva, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um direito subjetivo. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível via jurisdicional. Recebe, assim, proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa. A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado direito subjetivo, não raro fica na dependência da vontade do seu titular. Diz-se, então, que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não fora exercido. Se vem lei nova, revogando

aquela sob cujo império se formara o direito subjetivo, cogitar-se-á de saber que efeitos surtirá sobre ele. Prevalece a situação subjetiva constituída sob o império da lei velha, ou, ao contrário, fica ela subordinada aos ditames da lei nova? É nessa colidência de normas no tempo que entra o tema da proteção dos direitos subjetivos que a Constituição consagra no art. 5.º, XXXVI, sob o enunciado de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.<sup>47</sup>

A segurança jurídica não opõe as partes contratantes, ao contrário, promove o equilíbrio entre os pactuantes, pois fortalece a ordem jurídica e as relações contratuais.

Destaque importante faz J. Miguel Lobato Gómez, ao demonstrar que a força obrigatória do contrato no ordenamento jurídico brasileiro não advém de um dispositivo legal exclusivo, mas sim do conjunto normativo, inclusive no Código Civil de 1916, originado principalmente na idéia central de segurança jurídica.

Por outra parte, o velho Código Civil de 1916 pressupunha a força obrigatória do contrato, é certo, mas evitou qualquer afirmação pomposa e grandiloquente nesse sentido. Não afirmava em nenhum de seus preceitos, como fizeram outros códigos civis anteriores, que as obrigações nascidas do contrato são lei entre as partes. Ainda mais, nem sequer aludia expressamente à idéia de que os contratos obrigam ou que são fonte das obrigações. (Por exemplo, o Código espanhol (1889), seguindo os passos de Códigos anteriores, determina no art. 1089: “Lãs obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicon-tratos, y los actos y omisiones ilícitos o em que intervenga cualquier gênero de culpa o negligencia”).<sup>48</sup>

Embora a força obrigatória do contrato não constasse expressamente de um artigo específico do Código Civil, estava consagrado por todo o ordenamento jurídico<sup>49</sup>. O silêncio da lei não afastou o princípio do sistema jurídico brasileiro, sendo defendido por fervor e de forma absoluta pela doutrina<sup>50</sup> como princípio norteador do direito civil brasileiro, conforme realmente foi por longa data, principalmente na vigência do Código Civil de 1916, amparado pelo Código Civil de 2002; entretanto, diante de outros princípios adotados pelo mesmo diploma legal, bem como por outros diplomas e leis especiais, como por exemplo o Código de Defesa do Consumidor, que atuam paralelamente ao Código Civil, ocorreu o natural

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo. Malheiros, 1997, p 412.

<sup>48</sup> GOMES, 2006, p. 243-244.

<sup>49</sup> Na lição clássica de Orlando Gomes, demonstra a rigidez da força obrigatória do contrato, com fundamento no antigo Código Civil de 1916, “Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico. O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de revisão pelo juiz, o de libertação por ato seu.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 36).

<sup>50</sup> Ibid., p. 36: “O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes”. Ainda cita-se Venosa (VENOSA, Silvio. **Teoria dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 26), “Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*. O acordo de vontade faz lei entre as partes”.

enfraquecimento da força obrigatória do contrato, não sendo, todavia, retirado do sistema jurídico pátrio.

Acerca da força obrigatória dos contratos e sua aplicabilidade nos dias atuais, frente ao equilíbrio das obrigações, faz-se necessário citar Daniel Sica da Cunha, que se apresenta defensável, veja-se:

O contrato possui, ainda, força obrigatória! O contrato vincula porque se insere na concreção da ordem pública econômica e permite a circulação de bens. É útil, pois. Mas, funcionalizado aos objetivos da República, vincula na medida em que é justo. Jacques Ghestin afirmou que “o contrato é obrigatório somente porque é útil e na condição de ser justo, ou seja, conforme a justiça contratual. (“tradução livre de “lê contrat n’est obligatoire que parce qu’il est utile et à la condition d’êtere juste, c’est-à-dire conforme à la justice contractuelle” (Jacques Chestin, L’utile...ct., 1981, p. 50) E o justo e útil é definido ora pela lei ora pelo juiz, ora pelas partes, ao contrário do que se pensava quanto ao contrato clássico.(...)

A força obrigatória do contrato significa, como dito, vinculação para o cumprimento de seu contudo. As partes estão vinculadas pelo conteúdo contratual, e este é definido pela vontade das mesmas, pela lei e pelo juiz. Se o conteúdo do contrato contemporâneo é definido por fontes plúrimas, se é o conteúdo justo e útil que vincula e reveste-se da força obrigatória, também esta é definida, em última análise, pelas mesmas fontes.<sup>51</sup>

A grande conseqüência da força obrigatória do contrato é sua vinculação dos contratantes, resumida na regra do *pacta sunt servanda*, conforme J. Miguel Lobato Gomes,

que impunha a obrigatoriedade contratual e a total força vinculadora do contrato, sem exceção. Conseqüentemente, a partir deste princípio era defendida uma vinculação rígida das partes ao estipulado, ficando elas subjugadas ao respectivo cumprimento, sob pena de sofrer as sanções previstas tanto nas cláusulas contratuais como na lei.<sup>52</sup>

E ainda na lição de Orlando Gomes. “A mais significativa de todas é a cláusula penal.”<sup>53</sup>

Assim, pode se dizer que outrora sob a égide do Código Civil de 1916, era bastante difícil conjugar a força obrigatória do contrato e o equilíbrio das obrigações, uma vez vinculado ao contrato este deveria ser observado. Neste sistema, o equilíbrio de obrigações poderia advir da autonomia da vontade, que conforme já sustentado acima era apenas formal, prejudicando também o equilíbrio das obrigações entre os contratantes.

<sup>51</sup> CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova Crise do Contrato Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007, p. 281-282.

<sup>52</sup> GOMES, 2006, p. 244.

<sup>53</sup> “As Cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrem motivos que justificam intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para modificação do seu conteúdo.” (Id., 1999, p 36).

Não era difícil a parte ter que cumprir o contrato, às duras penas, não podendo discutir o pacto, frente ao sistema estabelecido que não autorizava a discussão, a revisão do contrato. Autorizava apenas naquelas hipóteses defendidas na teoria da declaração da vontade adotada, o que tornava a discussão, revisão e rescisão do contrato bastante restritas, e dificultando em demasia a sua prática.

Entretanto, atualmente o panorama é bastante diferente e com a releitura do princípio da força obrigatória do contrato, bem como diante de sua flexibilização, pode-se dizer que a convivência da força obrigatória do contrato e o equilíbrio das obrigações convivem harmonicamente. O que afirma J. Miguel Lobato Gomes.

Assim sendo, o princípio da liberdade contratual e o princípio de obrigatoriedade do vínculo são vistos como corolários do princípio de autonomia da vontade espontânea, livre e soberanamente expressada, segundo o qual a pessoa fica vinculada pelas obrigações que ela, de forma completamente voluntária, assumiu<sup>54</sup>;

não se pode negar que a força obrigatória dos contratos encontra-se inserida no ordenamento jurídico, na posição de Daniel Sica Cunha, “sob novos fundamentos.”<sup>55</sup>

A opinião é bastante condizente com a realidade empresarial, que adota a livre iniciativa nas contratações; assim, vejam-se os novos fundamentos da força obrigatória, inclusive para fazer frente ao necessário equilíbrio das obrigações.

Corroborando com o dito acima, faz-se necessário citar Humberto Theodoro Junior, que com maestria afirma: “É importante notar que o aumento do dirigismo contratual, por meio da proliferação de normas de ordem pública acerca desse terreno jurídico, não chega a pôr em xeque o princípio da autonomia da vontade, propriamente dito”<sup>56</sup>.

Assim, pode-se afirmar que a autonomia da vontade bem como a força obrigatória dos contratos, diferente do que muitos afirmam, não foram extirpados, retirados do sistema jurídico brasileiro, sendo ainda aplicados aos contratos e no caso em estudo aos contratos bancários de créditos, devendo contudo observar-se que mencionado contrato pode ser considerado de massa e de adesão o que dificulta sobremaneira a aplicação plena e indiscriminada da autonomia da vontade.

A grande influência da flexibilização da força obrigatória dos contratos, sem contudo retirá-la do mundo jurídico, é sem dúvida o consumo, pois nessa relação, percebe-se que a vontade não é mais o cerne da contratação, diante inclusive da existência de mecanismos

---

<sup>54</sup> GOMES, 2006, p. 244.

<sup>55</sup> CUNHA, 2007, p. 254.

<sup>56</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 20-21.

contratuais complexos, tais como contrato de adesão, contratos eletrônicos. Nesse sentido, veja-se a colocação de Daniel Sica da Cunha:

Percebeu o jurista que a vontade não pode ser mais o fundamento único da força obrigatória dos contratos na sociedade de consumo. Nas relações contratuais formalizadas pela adesão, a vontade tem relevância mínima na estipulação do contido contratual, pois a vontade não é conformadora, é formadora do contrato, resumindo-se à liberalidade (às vezes necessidade) de aderir ou não: nos atos existenciais, tão corriqueiros, o agir social, independentemente da vontade, gera o vínculo.<sup>57</sup>

Desse modo, o contrato não precisa mais da vontade declarada para firmar-se, todavia, não se pode deixar de afirmar que não vincula as partes.

O Código de Defesa do Consumidor confirma o mencionado acima, pois modificou por completo a determinação outrora do Código Civil de 1916, em relação à possibilidade de revisão do contrato, não havendo necessidade de invocar a teoria da imprevisão (uma das raras possibilidades de revisão contratual no Código Civil de 1916), bastando apenas ocorrer a lesão (possibilidade de revisão do contrato no Código de Defesa do Consumidor); entretanto, isto não significa o fim da força obrigatória do contrato.

Assim, o postulado do *pacta sunt servanda*, tal como foi concebido, não atende à nova concepção contratual, não se pode nem imaginar sua aplicação nos dias em sua forma original, mas também não se pode dizer que a força obrigatória dos contratos esteja fulminada no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se que mesmo em relações de consumo, a força obrigatória do contrato deve ser observada, então o que dizer na relação empresarial, tutelada pelo Código Civil, em que o equilíbrio das obrigações é contundente, podendo e devendo ocorrer negociações, contraposições, pedidos, sugestões; assim, a simples alegação de ausência de vontade na formação do contratado não o vicia.

Portanto, a colocação no centro da atenção do ordenamento jurídico da justiça do conteúdo contratual, nos situa hoje muito longe do absolutismo do *pacta sunt servanda*. Porém, esse princípio continua sendo, junto à autonomia privada, um princípio essencial, desde que não se almejem princípios absolutos. As transformações em curso neste setor levam a uma autonomia marcada por uma proporção, por um equilíbrio, por uma justiça substantiva. Como salienta o prof. Ascensão, “o resultado é substancial e enriquecedor. Não matamos o *pacta sunt servanda*, conjugámo-lo com o *rebus sic stantibus*. Os fatos devem ser observados (princípios fundamentais de autonomia) *rebus sic stantibus* (princípio fundamental da justiça e de respeito da vinculação realmente assumida)”. (ASCENSÃO, José de

---

<sup>57</sup> CUNHA, 2007, p. 258.

Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, ct. P. 190.)<sup>58</sup>

O Código de Defesa do Consumidor efetivamente é um passo decisivo na teoria contratual; contudo, o marco inicial da mudança de mentalidade, sem dúvida, é a Constituição, que inclusive determinou a edição do CDC. Aliado a tudo isto, ratifica e consolida o processo de transformação o Código Civil de 2002. Na posição de Daniel Sica da Cunha,

o advento do Código de defesa do consumidor, inspirado pela normativa constitucional de 1988 e pelas modificações sociais, representa um marco legislativo na teoria dos contratos. Positivaram-se preceitos que restringiram a tutela da vontade, deslocando a lógica contratual para o equilíbrio (art. 4.º III do CDC), teorização que inspirou a dogmática civilista a repensar o próprio direito privado, ao que hoje se tem no Código Civil de 2002.<sup>59</sup>

Ao passo que a própria Constituição ao fundamentar o CDC, bem como o CC/2002, enfraquece a autonomia da vontade e a força obrigatória do contrato<sup>60</sup>, contudo não os retiram do contexto jurídico Pátrio; por outro lado, também dão sustentação a sua aplicabilidade, especialmente no campo empresarial. Nesse contexto, faz-se necessário citar a lição de Paulo Nalin,

a existência de princípios contemporâneos que contrariam ou, ao menos, mitigam aqueles clássicos princípios bases no dogma da vontade, não retiram do cenário jurídico brasileiro a singularidade dos nossos contratos, impulsionados que são pelo exercício da liberdade (CR, art. 5º, *caput*).<sup>61</sup>

Ademais, observa-se que o enfraquecimento da força obrigatória do contrato não tem preocupação apenas hodierna, vem de longe, veja-se a lição de Orlando Gomes:

O princípio da força obrigatória dos contratos se enfraquece. Restaura-se a cláusula *rebus sic stantibus*, e, sob o nome de teoria da imprevisão, admite-se a intervenção do juiz na economia do contrato, em certas circunstâncias, para reduzir prestações, ou liberar o devedor.

(...)

O princípio da força obrigatória das convenções, pelo qual o juiz estava obrigado a fazer cumprir os efeitos do contrato, quaisquer que fossem as circunstâncias ou as conseqüências, está abalado. O legislador intervém, a cada instante, na economia dos contratos, ditando medidas que, tendo aplicação imediata, alteram os efeitos de atos e contratos anteriormente praticados e vai se admitindo o poder do juiz de adaptar os

<sup>58</sup> GOMES, 2006, p. 268.

<sup>59</sup> CUNHA, 2007, p. 260.

<sup>60</sup> “A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários, que revelaram a injustiça da aplicação do princípio nos seus termos absolutos.” (GOMES, 1999, p. 37)

<sup>61</sup> NALIN, 2006, p. 162.



efeitos dos contratos às novas circunstâncias (cláusula “*rebus sic stantibus*”) ou de exonerar o devedor do seu cumprimento, se ocorreu imprevisão.<sup>62</sup>

Atualmente, a acomodação contratual passa pela aplicação da força obrigatória do contrato, contudo de forma a conviver com a ausência de seu pressuposto maior; a vontade do contratante.

Sob o aspecto social, voltado para a legislação atualmente vigente, o CDC encontra-se calcado na ordem constitucional e ratificado pelo Código Civil, que igualmente busca inspiração Constitucional, que procura mais que o equilíbrio contratual, pois conforme Daniel Sica da Cunha refere-se, ao “útil e justo, como fundamentos da força obrigatória do contrato”<sup>63</sup> e da validade contratual é a inspiração para o novo contexto contratual.

#### 1.2.1.2 Autonomia privada e suas limitações

É relevante não confundir a autonomia da vontade com a autonomia privada<sup>64</sup>, pois embora sejam institutos jurídicos próximos, possuem diferenciações, devendo, portanto, ter tratamento distintos<sup>65</sup>.

Apenas para situar-se, é necessário esclarecer que a autonomia da vontade, como princípio clássico do direito contratual, teve o seu auge com o Código Civil de 1916 e perdurou em seu fervor enquanto durou o período individualista, possuindo como premissa a expressão da vontade das partes contratantes para validar o pactuado, ou seja, a manifestação da vontade livre e consciente, em sua concepção pura e romântica.

<sup>62</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 447.

<sup>63</sup> CUNHA, 2007, p. 264.

<sup>64</sup> “Foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidas o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade. Em realmente, se a antiga autonomia da vontade, como o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos como extremamente importante.” (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113).

<sup>65</sup> “É preciso distinguir “autonomia da vontade” de “autonomia privada”. Enquanto aquela remete para a prevalência da vontade em uma leitura da sociedade composta por indivíduos iguais e livres nesta percebe-se que o predomínio da vontade (quanto caberia ao Estado apenas a legitimação dos aspectos e das demais ações dos particulares reservadas ao âmbito privado) tende a extinguir a própria autonomia dos membros da sociedade”. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Transformações jurídicas na relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito Mestrado e Doutorado 2003**. São Leopoldo: Imprensa Portão, 2003, p.166-167).

Assim, em sua origem, pode-se afirmar que a autonomia da vontade sintetiza na faculdade atribuída aos indivíduos de pactuarem ou não um negócio jurídico, de escolherem com quem querem contratar, bem como de estabelecerem de forma livre e consciente o conteúdo negocial, pré-estabelecidos, enfim de se obrigarem ou não à determinada situação contratual<sup>66</sup>.

Tem-se então que a autonomia da vontade consiste na faculdade dada pelo sistema, na posição de Humberto Theodoro Júnior “as vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos”<sup>67</sup>. Portanto segundo o princípio ora abordado, as partes contratantes têm a capacidade e a consciência, a vontade de escolher se contrata, qual o objeto do contrato e com quem irá contratar; desta forma, o princípio merece ser tratado com a importância necessária que possui, conquanto deve ser analisado sob o enfoque contratual clássico, sempre sob a influência do período liberal em que imperava o individualismo, perdendo assim espaço para a nova determinação contratual, agora sob o enfoque da autonomia privada.

Assim, o foco do presente tópico não diz respeito à autonomia da vontade, conquanto necessária a abordagem realizada acima para a situar no tema; ademais, a autonomia privada tem suas raízes da autonomia da vontade<sup>68</sup>. Desta forma, adiante a análise da autonomia privada, frente suas limitações ao direito de contratar.

Não se pode deixar de estudar um instituto jurídico, sem antes situá-lo frente à Constituição Federal, o que se faz com a autonomia privada, nesse sentido é a posição de Ricardo Lorenzetti:

O status jurídico da autonomia privada tem preocupado a doutrina durante muitos anos. Nos fundamentos filosóficos assinalaram-se as seguintes formas de ver o problema: a) a soberania da vontade é um princípio de direito natural, anterior inclusive à organização do Estado. Esta pré-estatização não impede um controle

<sup>66</sup> “O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante contrato, ganha grande extensão. Outros conceituam a autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro relativamente às relações disciplinares da lei. O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.” (GOMES, 1999, p. 22)

<sup>67</sup> THEODORO JUNIOR, 2001, p. 16.

<sup>68</sup> “Como se disse, o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio da <liberdade contratual> - princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais – que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre.” (ROPPO, 1988, p. 132).

mínimo, mas reconhece-se que tudo está deixado à auto-responsabilidade; b) não há uma soberania pré-estatal, mas uma delegação do Estado à autonomia privada, e, em consequência, pode ser controlada em seus excessos. O controle é apenas formal; c) não há um fundamento na vontade, mas no intercâmbio, nas expectativas, e na confiança depositada. Isto implica examinar a causa, a correspondência entre as prestações; d) o contrato é um instrumento para a ordem econômica. Aqui é relevante o estudo da eficiência dessa ferramenta para cumprir os objetivos, sobretudo de uma visão utilitarista. Nos extremos há duas teses conflitantes. A primeira, voluntarista, clássica, partidária do consensualismo puro e oposta a toda intervenção. Aqui o Direito contratual tem uma função “facilitadora”, suplementar ao que as partes não previram. É conhecida a obra de Mises e Hayek, em que o contrato em si mesmo tem uma função de ordenamento social, sobretudo no contexto de uma economia liberal. As partes sabem o que é que lhes convém, e deve deixá-las agir livremente porque dessa atuação desordenada, caótica, se desenvolverá a ordem social mais eficiente. A lei tem uma função formal, impondo regras que garantam o justo jogo, já que impor a justiça, no caso, é uma fantasia impossível de realizar. A segunda linha de pensamento, obrigacionista, postula a regulamentação do contrato através de obrigações representativas de valorações coletivas que se impõem aos contratantes. Aqui o direito é um corretivo das aspirações individuais. Considera-se que mesmo os homens mais profissionais estão em dúvida diante daquilo que lhes convém ou não, sem contar que a grande maioria, quando sabe o que quer, não pode realizá-lo por situações de hipossuficiência. E consequência, há uma legislação intervencionista.<sup>69</sup>

A Constituição Federal Brasileira reconhece a autonomia privada, de forma reflexa, como fundamento da república, pois fundamenta-se na livre iniciativa, que se encontra inclusive tipificada na ordem Constitucional<sup>70</sup>, como tal<sup>71</sup>.

Utilizando-se de forma ilustrativa, tem-se que a livre iniciativa circunscreve a autonomia privada, tornando os institutos independentes e ao mesmo tempo complementares. Esta, inclusive, é a sustentação da constitucionalização da autonomia privada, frente a sua existência, na livre iniciativa.

Desse modo, não se pode negar que no sistema jurídico brasileiro, a autonomia privada tem a função primordial de fomentar a atividade econômica, contudo, convive-se harmonicamente com outros institutos típicos do chamado antigo direito público de proteção ao trabalho ao consumidor, dentre outros, que pode muitas vezes atuar como limitadores da autonomia privada.

<sup>69</sup> LORENZETTI, 1998a, p. 543-544.

<sup>70</sup> “A livre-iniciativa é exercida em nosso regime político, por meio da liberdade individual aos sujeitos, assim reconhecidos pelo Direito, para que, dentro de certos limites, façam a gestão de seus interesses. Os contornos da moldura jurídica, na qual os sujeitos de direito exercem a livre manifestação de vontade, serão oportunamente indicados. A esse poder de livre manifestação e regulação de interesses se atribui o nome de autonomia privada”. (NALIN, 2006, p. 162).

<sup>71</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Veja-se ainda o que estabelece o artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; (contendo ainda outros incisos).

Desta forma, a Constituição brasileira vai harmonizando os institutos e principalmente limitando uns, como é o caso da autonomia privada, para dar maior proteção a outros, como é o caso da proteção do consumidor.

Ademais, não se pode dizer que a autonomia privada nega de toda a sorte a vontade dos contratantes, conquanto não se pode compará-la à autonomia da vontade, a qual primava cegamente pela vontade dos contratantes. Assim, frente aos novos rumos adotados pelo Código Civil de 2002, os institutos frente à Constituição Federal vão lentamente se harmonizando e até mesmo perante a dura realidade social, em que a massificação dos contratos e sua adesividade é protegida pelo Código de Defesa do Consumidor. “Somente um alinhamento do Código Civil de 2002 com a normativa constitucional explica a sua existência, para nele localizar a autonomia privada, de berço constitucional.”<sup>72</sup>

Desta forma, a Constituição, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, bem como o Código Civil de 2002, alinham os termos da autonomia privada, sem entretanto fornecer à autonomia privada uma garantia da expressão da vontade absoluta dos contratantes; por outro lado, garantindo ao contratante massificado e adesivo à necessária proteção. “Com a proposta de formulação única do princípio da autonomia privada, não se pretende o retorno ao princípio da igualdade formal, sem uma específica abordagem distintiva às relações jurídicas que assim demandem.”<sup>73</sup>

Vislumbra-se toda a complicação do conceito de autonomia privada, que deve principalmente analisar os aspectos em que o princípio está inserido, principalmente o cultural, o nível de desenvolvimento do país, a segurança, das instituições privadas e públicas, as garantias legais existentes, o contexto de proteção dos indivíduos, o judiciário e até mesmo a jurisprudência. Na lição de Pietro Perlingieri, veja-se:

A autonomia privada (elementos introdutivos). – Não é uma operação simples definir a autonomia privada. Sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em grande parte a configuração do ordenamento. A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência.

Querendo tentar uma definição inicial e considerando-a como mero ponto de partida para os sucessivos desenvolvimentos críticos, pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> NALIN, 2006, p. 164.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> PERLINGIERI, 2002, p. 17.

O próprio Pietro Perlingieri aponta uma análise crítica do conceito acima indicado, em que a “vontade exarada é apenas aquela tendencial”<sup>75</sup>, bem como indica o caminho correto e adequado do princípio dentro da hierarquia constitucional. Veja-se ainda Pietro Perlingieri, “ultrapassa e subordina a si mesma e a iniciativa econômica.”<sup>76</sup>

Na base desta concepção reside, frequentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum. Apesar de tratar-se de um quadro ideal, com uma quase ausência de plena realização histórica, ele exerceu importante influência no pensamento jurídico e na praxe, colocando-se como a marca do valor da liberdade individual. Atrás do encanto da fórmula, todavia, escondem-se tão-somente o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas de relações de força mercantil. Esta concepção mudou radicalmente na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da pessoa e a conseqüente responsabilidade ultrapassa e subordina a si mesma a iniciativa econômica. A legislação ordinária, além disso, tem favorecido – não sem ambigüidade – o processo de recomposição do ordenamento no sentido constitucional.<sup>77</sup>

Cabe ao operador do direito buscar, frente ao novo posicionamento do direito privado, especialmente da autonomia privada, sua identidade, observando a releitura do instituto diante da nova determinação constitucional, sem se esquecer de buscar sua efetividade no contexto em que a questão está inserida. Na lição de Paulo Nalin.

Percebe-se, assim, haver intrínseca relação entre autonomia privada, constituição e solidariedade social, cabendo ao judiciário a árdua e precípua tarefa de conjugar todos estes valores, tomando como norte o indivíduo, não na sua perspectiva individual e, exclusivamente, material, mas sim, na coletiva material e existencial, pois, sob este prisma, lei alguma disporá.<sup>78</sup>

Desta forma, a autonomia privada, como regra contratual, outrora conhecida, resta superada, devendo ser analisada sob o enfoque constitucional e suas conseqüências, principalmente as limitações impostas pela Carta Magna frente aos direitos sociais, especialmente a dignidade da pessoa humana e ainda pela proteção dos chamados microsistemas; no caso do Brasil, o exemplo mais claro é o Código de Defesa do Consumidor. Paulo Nalin assevera:

Ademais, a idéia de restrição da autonomia privada vem atrelada, corriqueiramente, à atuação legislativa, por meio de microsistemas jurídicos ou de leis extravagantes,

<sup>75</sup> PERLINGIERI, 2002, p. 17.

<sup>76</sup> Ibid., p. 17.

<sup>77</sup> Ibid., p. 17.

<sup>78</sup> NALIN, 2006, p. 173.

especialmente à regra geral do Código Civil, e que buscam, nas relações contratuais específicas, minimizar as diferenças econômicas e sociais entre contratantes.<sup>79</sup>

Vislumbra-se que o Estado frente às ordenações fracionadas, ou de microssistemas, por ordem da Constituição Federal, opera um dirigismo contratual, com seus regramentos, que pode operar na proteção do mais fraco na relação contratual de forma conclusiva e tendenciosa como é o caso do consumidor, protegendo-lhe abertamente na relação contratual, deixando margens à limitação da autonomia privada de ambos os contratantes.

A autonomia privada é um dos consagrados institutos do direito contratual na atualidade, contudo, vem sofrendo significativas construções<sup>80</sup> voltadas a tentar compatibilizar o instituto com a desejada proteção do estado ao mais fraco na relação contratual, sem, todavia, retirar do contratante a inteira observância de sua vontade formal, pois a necessidade de se preservar a autonomia dos agentes privados é necessária, visto que são os que movimentam a economia, bens, serviços, produtos e valores necessários a nossa sociedade capitalista moderna.

No Brasil, o diploma legal de características intervencionistas, por excelência, quanto aos contratos é a Lei n.º 8.078/1990, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, que estatui regras de intervenção clara, principalmente para a anulabilidade de cláusulas contratuais ditas abusivas<sup>81</sup>, acerca de contratos de adesão, contratos de massa e até mesmo de regras contratuais, como por exemplo a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (nesse sentido é a determinação expressa do artigo 6.º inciso VII do CDC). Não se pode negar que o

---

<sup>79</sup> NALIN, 2006, p. 165.

<sup>80</sup> Nesse sentido, cita-se “A autonomia privada realiza-se sempre no contrato, em forma positiva, através de um acordo de vontades. Ora, esse princípio do consenso, imprescindível para a produção dos efeitos contratuais, é-o também, consequencialmente, para a sua voluntária eliminação. Sendo o ato criador da situação jurídica necessariamente bilateral, de igual modo o deverá ser o *actus contrarius* que a suprime. Logo, por aí se explica, com toda a naturalidade, que não passa ser quebrada unilateralmente uma vinculação que resultou do entrelaçar de duas declarações de vontade. Condicionada, logo à nascença, quando ao conteúdo das volições e à possibilidade da sua conversão em imperativos jurídicos, pela igual liberdade da contraparte, a liberdade de cada um dos sujeitos, fica também reciprocamente submetida, quanto à sorte do vínculo, à vontade do outro (e, através dela, ao aparelho sancionatório do estado). (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do Contrato**. As Cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 72-73).

<sup>81</sup> O artigo 51 e seus incisos trata da questão. Nelson Nery Jr. (“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”. São Paulo: Forense Universitária. 1991. p. 296). Indicando que o rol do art. 51 é formatado como “*numerus apertus*”, lembrando – no entanto – norma do Código Civil italiano (art. 1.341) de conteúdo similar, mas, entendida como elenco exaustivo de cláusulas abusivas, em que se admite tão-somente a aplicação extensiva, mas, não analógica. Neste mesmo sentido “Acentue-se que a sede específica das cláusulas abusivas e respectivas nulidades, no art. 51, não é exauriente (v. art. 51, caput), tendo em vista os fundamentos legais das nulidades”. (ALVIN, Arruda. **Direito Privado – Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 116).

Código de Defesa do Consumidor, com sua natureza de proteção ao consumidor, impõe limitação à autonomia privada dos contratantes<sup>82</sup>.

Ainda importante destacar a chamada autonomia privada “assistida”, apontada por Pietro Perlingieri<sup>83</sup>, na qual a pessoa pode estar assistida por um órgão de classe, por uma entidade, por um sindicato etc; exemplos típicos no Brasil, são as convenções coletivas do trabalho, firmadas entre sindicatos, patronal e dos empregados.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 não teve tal preocupação, ou seja, a proteção do menos favorecido na relação, adotando uma legislação contratual de equilíbrio com cláusulas gerais de orientação<sup>84</sup>, que servem para dar substrato ao aplicador do direito<sup>85</sup>, que diante do caso concreto analisará a questão e dentro do útil e justo aplicará os princípios contratuais adequados para a solução do problema jurídico, dentre eles a autonomia privada.

Não se pode deixar de mencionar que a função social do contrato, “art. 421 do CC/2002”, ao determinar que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, limita a liberdade de contratar ao controlá-la, impondo os limites da função social do contrato; todavia, ao mesmo tempo, aponta a existência de limites na contratação e deixando-os bastante abertos ao apontar a função social como limitadora, diante da amplitude do conceito de função social como cláusula aberta.

Observa-se que mesmo decorridos mais de 17 (dezessete) anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, mais de 6 (seis) anos do Código Civil, a utilização de princípios e cláusulas gerais, ainda ocorrem críticas e reservas pelos juristas, ante a inevitável abrangência dos conteúdos que trazem consigo e a impossibilidade de um conceito pronto, único e determinado de seu conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado Liberal, que foi até então adotado pelo sistema jurídico (tendo como maior representante o Código Civil de 1916, que vigorou de 1916 até 2002), assim tem o particular o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do Juiz.

---

<sup>82</sup> “O consentimento não é um texto normativo auto-suficiente. Há que integrar, tipificar e recorrer a inúmeras disposições complementares que não surgem da vontade das partes. A maioria dos conflitos importantes não se soluciona com a simples leitura da obra dos contratantes”. (LORENZETTI, 1998a, p. 537).

<sup>83</sup> “Autonomia privada “assistida”. – Na legislação especial destes últimos tempos, recorre-se cada vez mais à forma de condicionamento e de controle da autonomia privada voltadas a atribuir às associações profissionais e sindicais um papel legitimador ou de convalidação de atos realizados pelos sujeitos particulares pertencentes, ou não, a ditas associações de categoria”. (PERLINGIERI, 2002, p. 282).

<sup>84</sup> “O juiz convoca permanentemente a lei, os princípios gerais, os precedentes judiciais, a fim de desenvolver o programa privado ou para retificá-lo”. (LORENZETTI, loc. cit.).

<sup>85</sup> “O jurista é aquele que interpreta, individua e aplica as leis: no momento em que as desaplica, exerce uma atividade, às vezes historicamente louvável, mas diversa daquela de jurista. (...) A função do jurista é portanto, complexa e sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos que vão do ideológico e político ao social, ético e religioso.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 3).

No entanto, as mudanças operadas no direito privado e especialmente no campo contratual não retrocedem, muitas até avassaladoras, como a massificação contratual, inclusive do consumo de crédito o que torna indispensável e imprescindível, a hermenêutica dos princípios contratuais, para a compreensão e correta aplicação, em uma sociedade em transformação, juntamente com as mudanças em suas bases jurídicas.

### 1.2.1.3 Boa-fé contratual

É certo que se está diante de uma nova ordem contratual (princípios que informam a nova ordem contratual)<sup>86</sup>, ou seja, a doutrina já vem apontando tal situação, inclusive antes da promulgação e vigência do atual Código Civil Brasileiro de 2002, com base nos princípios contratuais trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, suplantando desta forma o contrato na forma clássica, conforme concebido no direito brasileiro, principalmente pelo Código Civil de 1916.

Todavia, mesmo diante de uma nova ordem contratual, que é mencionada por Claudia Lima Marques, em sua obra consagrada; *A nova crise do contrato, estudos sobre a nova teoria contratual*<sup>87</sup>, os princípios contratuais clássicos (força obrigatória do contrato, autonomia da vontade, relatividade dos efeitos do contrato, dentre outros), não foram deixados de lado, pelo contrário, estão vigentes e operantes, diante de uma releitura deles. Conforme abordado acima, podem ser observados em consonância com os novos princípios contratuais (boa-fé contratual, função social do contrato, dentre outros), que também não nasceram da noite para o dia. Neste sentido, vale-se da lição de Paulo Nalin:

Ainda com olhos voltados para o clássico, nota-se que os princípios antes identificados como fruto da modernidade não foram concretamente estabilizados pelo Código Civil Brasileiro. Mesmo assim, é impossível negar a vigência dos princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos do contrato.

Isso acontece, igualmente, com os novos princípios da ordem contratual, os quais, em verdade uma vez centrados na boa-fé, nada apresentam como essencialmente novo, a não ser, um remodelamento no meio, agora mais objetivo, de leitura deste princípio fundamental e dos seus vários desdobramentos. De qualquer modo, os

---

<sup>86</sup> NALIN, 2006, p. 127.

<sup>87</sup> MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova Crise do Contrato Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007.



“novos princípios”, mais adiante vistos, prestam-se a ser cimento da nova ordem contratual, cumprindo este papel com grande desenvoltura.<sup>88</sup>

Destarte, diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato, conforme já apontado, entretanto, importante destacar que a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, o que motiva ainda até nossos dias a adoção de novos paradigmas, inclusive aqueles de base constitucional<sup>89</sup>.

Por outro lado, a interferência do Estado na vida econômica implicou a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera de autonomia da vontade, passando a sofrer crescentes cortes, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual, valorando agora princípios contratuais de comando geral, como aqueles que adotam as cláusulas gerais abertas<sup>90</sup>, de interpretação ampla e facilitando o trabalho do aplicador do direito ao caso concreto<sup>91</sup>.

Até porque os velhos princípios contratuais já não dão mais conta da crescente complexidade da vida social e diante das novas técnicas de contratação, simplificando-se o processo de formação contratual, como nos contratos de massa, de adesão, contratos eletrônicos e se acentuando o fenômeno da despersonalização. Assim, torna-se evidente que os princípios que adotam as chamadas cláusulas gerais<sup>92</sup> têm se sobressaído; neste contexto, é importante a análise da boa-fé e função social do contrato.

A responsabilidade, para lançar algumas palavras sobre a boa-fé contratual, é deveras imensa, considerando especialmente a doutrina acerca da questão, com destaque à obra de

---

<sup>88</sup> NALIN, 2006, p. 127.

<sup>89</sup> “Observa-se que este novo arquétipo estatal traz consigo mudança de postura, que abandona a ética individual em que se focava a liberdade negocial em busca de uma ética social impregnada pelo solidarismo, impondo-se não apenas ao poder público, mas também à sociedade a responsabilidade pela existência de cada um dos seus componentes” (TEPEDINO, 2000, p. 10-11).

<sup>90</sup> “Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.” (PERLINGIERI, 2002, p. 27).

<sup>91</sup> “As cláusulas gerais adotadas pela Lei 10.406/02 impedem a proliferação de lacunas nascidas com o transcorrer da evolução social; dessarte, faz-se necessária também a quebra do paradigma interpretativo, a se instrumentalizar por meio de uma reforma do comportamento exigido até então dos exegetas”. (TEPEDINO, loc. cit.).

<sup>92</sup> Inclusive com fundamento no direito comparado, “Tome-se, como exemplo, as noções de ordem pública (art. 31 disp. Prel., agora art. 16 lei n.º 218 de 31 de maio de 196 e art. 1343 Cód. Civ.), de bom costume (arts. 1.342 e 2.035 Cód. Civ.) de solidariedade, (art. 2 Const.). A estas podem-se acrescentar, entre outras, aquelas de equidade, de diligência e de lealdade no adimplemento (arts. 1.176 e 1.175), de boa-fé no contrato (art. 1.337, 1.336 e 1.375), prevista no Código. Tais expressões, numa visão global do ordenamento, assumem uma significado diverso.” (PERLINGIERI, loc. cit.). É importante destacar que Perlingieri cita a legislação Italiana.

Paulo Nalin<sup>93</sup>, de Judith Martins Costa<sup>94</sup>, até mesmo de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro<sup>95</sup>; porém, o presente trabalho dissertativo busca situar o princípio dentro da ordem legal estabelecida, suas conjunturas e reflexos principais nos contratos de créditos bancários.

### 1.2.1.3.1 Breves apontamentos da origem histórica acerca da boa-fé

Analisa-se de forma bastante breve alguns apontamentos acerca da historicidade do princípio contratual da boa-fé; desta forma, a maioria da doutrina<sup>96</sup> analisada indica a existência de uma tríplice raiz da boa-fé<sup>97</sup>, a qual é observada desde sua origem no direito romano, canônico e germânico, com forte influência do direito costumeiro da Europa do século XVI, muito antes da idade média.

Contudo observa-se, com maior clareza, que a boa-fé teve maior campo de crescimento no direito Romano, inclusive por já existir um princípio de sistema jurídico organizado, bem como pela própria atividade comercial e jurídica que este povo desenvolverá<sup>98</sup>.

A expressão *fides* é que dá a base da boa-fé moderna, pois foi a que se vinculou aos contratos<sup>99</sup> no decorrer do tempo, assim ensina Menezes Cordeiro, “A *fides bona* teria

<sup>93</sup> NALIN, 2006.

<sup>94</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>95</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

<sup>96</sup> “Com efeito, a primeira sistemática retomou aspectos da *bona fides* romana que haviam ficado na sombra durante a Idade Média, a fim de sistematizar, ou ordenar, a matéria jurídico-obrigacional, especialmente no que concerne ao direito contratual. Neste campo, talvez mais do que em qualquer outro do mundo jurídico, era imensa a assistematização, o choque entre regras do direito romano, do direito canônico e dos direitos costumeiros, grande parte deles advinda ou influenciada pelo direito germânico, setores que indicarão a tríplice raiz da boa-fé”. (COSTA, op. cit., p. 110).

<sup>97</sup> “Não era desconhecida na Europa do século XVI a *bona fides* romana. Contudo, na Idade Média, e principalmente após a recepção, havia o instituto romano sofrido um processo de subjetivação, consequência, entre outros fatores, do papel secundário que merecera na codificação justinianéia, e de já um certo contágio com a boa-fé canônica. Para compreender o tratamento que os humanistas deram à boa-fé é necessário um breve recuo no tempo, visualizando-se as conotações e as funções que lhe foram emprestadas no direito romano, no antigo direito germânico e no direito canônico”. (Ibid., p. 110).

<sup>98</sup> “A noção de boa-fé no direito provém do mundo romano, registrando já a Lei das Doze Tábuas a norma segundo a qual *patronus si clienti fraudem facerit, sacer esto*. Contudo, os historiadores indicam a sua ainda maior antiguidade, uma vez que a mesma norma estaria ligada, segundo a tradição por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma, o que equivale a dizer que é tão antiga quanto a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico – *fraus*, e não *fides*. Nascida com o mundo romano, a idéia de *fides* recebeu, neste notável expansão e largo espectro de significado, conforme as influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos e consoante o campo do direito onde instalada.” (Ibid., p. 111).

<sup>99</sup> “No campo dos contratos, por seu turno, um também antiquíssimo documento conota a expressão *fides* aos contratos internacionais: o primeiro tratado entre Roma e Cartago, do qual dá conta Políbio (a referência está em Paolo Frezza, *Fides bono*)”. (Ibid., p. 113).

revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade dos costumes do tráfico”<sup>100</sup>, tem-se como garantia, confiança dos contratantes.

Assim, na lição de Judih Martins Costa, “a *fides* era portanto a partida para a confiança e poderia manifestar-se de várias maneiras, a *fides patrani* (nas relações entre patronato e clientela, *fides tutori*, e as *fides populi romani*, (na esfera dos contratos internacionais).”<sup>101</sup>

A *fides* tratava-se, em síntese, de um conceito ético e moral que passou ao mundo jurídico, para ser aplicado diretamente no campo dos contratos.

Ainda na dicção de Judih Martins Costa, “do conceito que exprime confiança (*fides*), nasce o conceito objetivo da *fides bona*, de correção e lealdade, que deveria imperar no mundo das relações comerciais. Assim surge a *fides bona* como um conceito jurídico.”<sup>102</sup>

Igualmente no direito germânico, a boa-fé teve fundamental relevância e importância ao fundamentar o sistema contratual deste povo influenciando toda a Europa, baseado na lealdade e na crença, nas palavras de Rogério Zuel Gomez:

A boa-fé germânica não levava em consideração o estado de ciência sobre determinada relação jurídica. Era muito mais afeita aos rituais sociais (juramentos solenes de honra) e à exterioridade: por isso passou-se a denominá-la de boa-fé objetiva. Para essa espécie de boa-fé, o que passa a ser fundamental é o julgamento da opinião pública, cuja aprovação ou censura eram, por excelência, o motor da actuação jurídica medieval (remetendo-se o autor o entendimento de CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito Civil. Coimbra: Almedina. 1997). Daí resulta a objetividade, de modelo de se poder aferir se determinada conduta se deu de boa ou má-fé, com base no comportamento das pessoas externamente aferível.<sup>103</sup>

O que se nota é que todos os povos da antiguidade, em especial os romanos, os Germânicos e o direito canônico, deram uma extraordinária importância à *fides bona*, influenciando diretamente o direito atual. Assim, a *fides bona* romana influenciou sobremaneira os ordenamentos jurídicos atuais, com a determinação da boa-fé objetiva, ou seja, de conduta honesta, leal dos contratantes em que o repúdio ao engano e à fraude evidencia-se, sendo que mesmo na idade média, a boa-fé objetiva continuou operando seus efeitos até chegar na atualidade.

Observa-se que a origem da aplicação da boa-fé objetiva, nas obrigações, iniciou-se no direito Romano, mais especificamente na Antiga Roma, que foi, certamente, o maior

<sup>100</sup> CORDEIRO, 1997, p. 105.

<sup>101</sup> COSTA, 2000, p 112.

<sup>102</sup> Ibid., p 115.

<sup>103</sup> GOMEZ, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea – Função Social do Contrato e Boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85.

laboratório jurídico que já se teve notícia, sendo prova disso o ordenamento jurídico pátrio, integrante do sistema romano-germânico. No direito civil, porém, durante a Idade Média, sob a influência do direito canônico, conferiu-se à boa-fé uma tonalidade ética que se equiparava à ausência de pecado, traduzindo-se em um desvio de aplicação; faltar com a palavra empenhada ou não agir de boa-fé era pecado, quase que mortal. Influenciando toda a vida social da Idade Média, o direito canônico, de moral mais severa que o direito romano, somente concedia os benefícios de boa-fé àquele que a tivesse conservado desde o momento do ato inicial até o instante em que a invocasse.

#### 1.2.1.3.2 A boa-fé na modernidade

Não se pode confundir o princípio da boa-fé (objetiva) com a idéia de boa-fé subjetiva. Esta última atua no plano interno da psique humana, avaliando conhecer ou não determinada situação fática, para daí extrair suas conseqüências<sup>104</sup>, enquanto a primeira age em campo mais vasto, dentro de *standards*<sup>105</sup> de conduta impostos aos sujeitos envolvidos nas relações negociais, objeto de estudo neste tópico.

Em relação aos *standards* de comportamento, relevante citar a valiosa contribuição de Paulo Nalim, em relação a sua aplicação no direito Brasileiro:

Mas o homem médio da sociedade brasileira, certamente, não é o mesmo sujeito descrito pelo sistema germânico e, tampouco, o concebido pelo *common law*, que pode inclusive, naqueles países do Primeiro Mundo, ser fruto da mesma classe social do julgador. Nosso homem medido, por outro lado, é um sujeito inidentificável, ante as flagrantes distorções de um sistema econômico que nos lança no rol dos países com a pior distribuição de renda do mundo.

Construir uma categoria jurídica que se propõe a avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do *bonus pater familias*, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação

<sup>104</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002, p. 53.

<sup>105</sup> “Standard, para delimitar a mediunidade a compreensão, conforme acentua Claudia Lima Marques “Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro, geral, que não está a depender da má-fé do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada”. (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 106). Seguindo o mesmo sentido é a opinião de Fernando de Noronha: “Quando no conceito são referidos padrões de conduta socialmente recomendados, pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, de um moderno abstrato de pessoa razoavelmente diligente, o que costuma tudo ser traduzido pela noção de *bonus pater familias*.” (NORONHA, 1994, p. 138).

sociocultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz. A falta de uma melhor orientação pode colocar por terra todo o potencial renovado, trazido pelo princípio enfocado, que nas mãos de um juiz arraigado na cultura positivista ainda reinante no Brasil nada significará, perpetuando o positivismo dogmático e a aplicação não constitucionalizada do direito civil.

É certo, tem se defendido a adoção de um sistema jurídico aberto, fundado em cláusulas gerais igualmente abertas, mas ao menos o desenho periférico da regra há de ser providenciado pela lei, ou mesmo pela doutrina.<sup>106</sup>

Assim, reforça o papel do juiz como aplicador do direito ao caso concreto, que analisará se as partes ao descumprir ou ao cumprir um contrato agiram ou não agiram observando a boa-fé objetiva e devendo esquecer o caráter positivista que outrora dominou o sistema jurídico brasileiro, observando agora o regime adotado das cláusulas gerais, senão de nada adianta falar e mencionar no código princípios como a função social do contrato, boa-fé objetiva, dentre outros.

O princípio da boa-fé, indubitavelmente, é um dos mais importantes e balizadores para a nova sistemática contratual moderna, observando ainda que vem de longe sua aplicação e estudo dentro do campo do direito, sendo inclusive destaque de tratamento pelos juristas modernos e doutrinadores.

Hodiernamente, com base na experiência de valorização da autonomia da vontade do século passado, e ante à, cada vez maior, intervenção estatal nas relações do direito privado, tende a realizar melhor o equilíbrio social, com a constante preocupação moral, ética de evitar a exploração do impotente, (mais fraco, hipossuficiente), sobressaindo assim o interesse social ao interesse individual e tendo campo fértil para o crescimento e valorização da boa-fé, como regramento não só contratual, mas de toda a sistemática do direito privado, podendo inclusive o princípio da boa-fé, atuar como instrumento de dirigismo contratual, no atual sistema jurídico Brasileiro.

Nesse contexto, várias legislações mundo a fora adotam a boa-fé como princípio de regramento nas relações contratuais, desde longa data, demonstrando a importância do princípio em contrário sensu a sua tardia adoção pelo sistema jurídico Brasileiro, que somente formalizou o princípio em meio a Constituição da República de 1998<sup>107</sup>, de maneira bastante tímida, uma vez que não é expreso e sim com remissão a solidariedade contratual, enquanto

---

<sup>106</sup> NALIN, 2006, p 133.

<sup>107</sup> “A boa-fé objetiva não surge com o advento do Código de Defesa do Consumidor, muito menos sendo sua refém, pois, assim como o CDC, fundamenta-se na Constituição de 1988 o Código Civil e todas as relações contratuais nele baseadas foram recepcionadas pela nova ordem constitucional renovada pelo espírito solidarista da atual carta. O Código de Defesa do Consumidor é exemplo particular do novo programa contratual-constitucional, inserido no pensamento sistemático que, desde o início foi adotado nesta obra.” (Ibid., p 130).

que o Código de Defesa do Consumidor de 1994 restou ratificado pelo Código Civil de 2002, evidenciam o princípio, o que torna evidente o atraso de mais de séculos para se ter acesso à boa-fé de maneira formal.

Contudo, mesmo sem expressa previsão legal, a corajosa jurisprudência em casos isolados aplicava o princípio da boa-fé,<sup>108</sup>, valendo-se principalmente da legislação comparada.

No atual Código Civil a regra encontra-se expressamente estampada no artigo 422, corrigindo a omissão legislativa, que devido à influência de legislação alienígena utilizava-se do princípio mesmo antes de sua tipificação no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da valiosa jurisprudência.

Embora, conforme demonstrado a Constituição da República não tenha expressamente mencionado o princípio da boa-fé, a não ser por outros mecanismos como o da solidariedade contratual, bem como pela determinação para a realização de uma legislação consumerista própria, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor agiu ao contrário, adotando expressamente o princípio da boa-fé como o cerne de seus artigos. Faz necessário citar Judith Martins Costa:

Se o Código de Defesa do Consumidor inicialmente, nesta nova fase da teoria contratual, serviu de mote teórico para o relançamento da boa-fé no plano contratual<sup>109 110</sup>, não podem a ele ficar restritas sua análise e aplicação, eis que a legislação de consumo, bem como toda ordem contratual, estão fundadas no

---

<sup>108</sup> “A oposição da mulher a alienação de bens do casal, permanecendo no âmbito restrito dos cônjuges e de outras pessoas que não participam do ato jurídico, não é capaz de acarretar o desfazimento da compra e venda, onde a esposa foi representada pelo marido por procuração válida. Inexistência de ofensa ao art. 235, I do C.C. Os art. 1318 do C.C., contém uma regra especial sobre revogação do mandato, outra, regra geral sobre extinção, a produzir efeitos diversos. No primeiro, não se podendo opor a terceiros de boa-fé, a revogação do mandato. Notificação somente ao mandatário; no último, sendo válidos, a respeito dos contraentes de boa-fé, os atos praticados em nome do mandante apenas enquanto o mandatário ignorar a extinção do mandato não conhecimento do recurso por inoportunidade de ofensa ao texto legal e ausência de dissídio na jurisprudência. STJ – processo Resp - DF Recurso Especial 1989/0009024-0 Relator: Ministro Cláudio Santos – órgão Julgador: Terceira turma – Data do julgamento: 12/09/1989.

<sup>109</sup> A autora, valendo-se de Cláudia Lima Marques, arremata que mencionada escritora localizou, na boa-fé objetiva, o núcleo de todo o CDC, ao considerar: “Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais de direito há muito conhecido e sempre desde o movimento do direito natural: o princípio da Boa-Fé (COSTA, Judith Martins. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. [S.I.: s.n.], 1999, p. 105-106).

<sup>110</sup> Na mesma forma, a autora, valendo-se de Fernando de Noronha, afirma que na problemática da obra do doutrinador, encontram-se, dentre outras reflexões “(...) considerando apenas o Código de Defesa do Consumidor, os preceitos inovadores deste sobre o contrato que regula, o de consumo, isto é, aquele celebrado nas relações entre “fornecedor” e “consumidor”, “relativo ao fornecimento de produtos e serviços” (Código de Defesa do Consumidor, arts. 2.º, 3.º e 51), terão introduzidos princípios aberrantes em relação àqueles que informaram a Teoria Geral dos Contratos? Ou será que agora a lei apenas veio a explicar que já se deveriam considerar válidos no âmbito dessa Teoria Geral?” (COSTA, 1994, p. 2).

princípio constitucional da livre iniciativa, não sendo a conformação daquela pela justiça social (art. 170, caput) exclusividade do CDC.

(...)

O Código de defesa do Consumidor simbolizou a ruptura com o velho sistema único e totalizante do Código Civil de 1916, com o reconhecimento de que o contrato não podia mais, em todas as suas variantes, ser julgado pela forma única (liberal), imposta por aquele Código Civil. O Código de Defesa do Consumidor pode, até mesmo, servir de referencial histórico nesse processo de ruptura e início de uma nova proposta de Teoria Geral dos Contratos, mostrando ao intérprete a viabilidade, ou melhor a imperatividade, de ser implementado um sistema de contratos não nucleado do dogma da vontade, mas sim, na boa-fé (objetiva), sem que, no entanto, ocupe o papel central e paradigmático destinado à Constituição.<sup>111</sup>

A adoção do princípio da boa-fé pelo CDC, ordenamento jurídico brasileiro inclusive com a introdução de uma nova sistemática contratual, rompe com o tradicional sistema liberal adotado pelo Código Civil de 1916. Embora fosse algo de novo, rescindindo com os padrões outrora adotados, nada mais representou que adoção de um princípio que já era legalizado, estudado e aplicado no velho continente, em seus diversos países, por seus Códigos Civis desde o século XVII, conforme citado anteriormente neste trabalho.

Há de se destacar que o princípio da boa-fé objetiva merece ser lido dentro de um contexto plural, diversificado, não podendo ser limitado a qualquer conceito reducionista, unívoco, sob pena de restrição de sua efetiva importância para o bem-estar da teoria geral dos negócios jurídicos.

Exatamente no sentido mencionado acima, cita-se Judith Martins Costa, a qual traz que

à idéia de boa-fé objetiva deve ser atribuída tríplice função, posto que serve como critério hermenêutico-integrativo no processo exegético dos negócios jurídicos; de cercania ao exercício pleno dos direitos subjetivos; e ainda, atua como fundamento de fecundação dos deveres laterais de conduta.<sup>112</sup>

Destaca-se também o relevante estudo de Paulo Nalin em relação à aplicação do princípio de maneira direta no contrato “o extenso contexto antes visto já denota a amplitude de aplicação da boa-fé objetiva, de indiscutível incidência em todos os momentos da relação contratual, desde o seu nascimento até após a sua morte.”<sup>113</sup>

<sup>111</sup> COSTA, 2000, p. 129-130.

<sup>112</sup> Ibid., p.428; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, abr./jun. 1995, p. 25.

<sup>113</sup> NALIN, 2006, p 136.

Observa-se que passados alguns anos após a inserção formal do princípio da boa-fé no sistema jurídico brasileiro, seja pelo Código de Defesa do Consumidor, seja pelo Código Civil, o princípio encontra-se consagrado pela doutrina e vem ganhando sistematicamente relevância nos julgados<sup>114</sup>.

Assim, a boa-fé, como princípio geral contratual, tem um sentido informador não só do contrato em sua formação, execução e posteridade, como também assume um sentido informador de todo o ordenamento jurídico, tendo um papel relevante na ordem jurídica, como formador de uma maneira de agir.

Nesse contexto é que a boa-fé apresenta-se com suas funções para o ordenamento jurídico contratual, tendo como sentido informador, fundamental papel na conduta não só dos contratantes, mas sobretudo aos julgadores, que agora têm que lidar com uma cláusula geral, em que o aspecto maior é imprimir um padrão ético comportamental nos negócios praticados pelos particulares, no contexto do caso concreto em que está inserido, devendo ser observado além dos contextos cultural e sociológico dos contratantes, também o da sociedade em volta do negócio realizado.

Desse modo, o princípio da boa-fé exerce várias funções que são apontadas pela doutrina<sup>115</sup>, dentre elas cita-se a interpretativa, a controladora, a integradora, sem contar os deveres de condutas que devem ser observados e praticados de forma objetiva pelos contratantes. “São tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções, quais sejam, a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.”<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> “Ação de Indenização de danos materiais e morais. Não prestação de serviço funerário. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Boa-fé. Adimplemento substancial do Contrato dano moral Caracterizado. Recurso não provido. I - É pacífico o entendimento que as regras dos art. 476 e 763 ambos do Código Civil, devem ser interpretadas de acordo com os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, que consagra a função social do contrato e os princípios da probidade e da boa fé contratual, adotando-se interpretação mais favorável ao consumidor. II - "O adimplemento substancial, conforme o definiu o Prof. Clóvis do Couto e Silva, constitui 'um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo, tão somente o direito de indenização' e/ou de adimplemento, de vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa fé." (...) Recurso Desprovido”. (TJPR - 9ª C.Cível - AC 0480817-7 - Rel.: Juiz Conv. Antonio Ivair Reinaldín - Unanime - J. 05.06.2008).

<sup>115</sup> COSTA, 2000, p. 427.

<sup>116</sup> Ibid., p. 427-428.



### 1.2.1.3.3 A boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo

A boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo atua como princípio geral do direito contratual (genérico), fornecendo soluções concretas, de adequação da lei ao caso particular, apontando os deveres de comportamento dos contratantes, do credor e do devedor, mesmo que não declarados expressamente no contrato. Desta forma patenteia-se a função integradora da boa-fé, podendo inclusive inteirar as vontades que deram formatação ao negócio jurídico, sempre devendo ser observado o contexto cultural, ético, moral em que os contratantes estão inseridos. Neste contexto, a boa-fé é capaz de prever todas as possibilidades do negócio.

Não atua a boa-fé apenas como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes; também a integração das lacunas a ela se liga. Isso porque, observa Giovanni Maida Uda (In, *Intergrazione del Contratto, solidarietà sociale e corresponsività delle prestazioni*, cit., p. 302), para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.<sup>117</sup>

Nesse contexto, é patente a valorização do operador do direito, em especial do magistrado<sup>118</sup>, “como uma via para uma adequada realização, pelo juiz, do plano de valoração do legislador.”<sup>119</sup>

Assim, o cânone hermenêutico-integrativo da boa-fé atua de modo a completar, a suprir as lacunas do direito; essa tarefa constitui exatamente a integração do instituto com o

---

<sup>117</sup> COSTA, 2000, p. 429.

<sup>118</sup> “Os passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um conjunto significativo, partindo, para tal escopo, de complexo contratual concretamente presente – o complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida. Em todo e qualquer contrato, mas com particular relevância nos de trato sucessivo ou de execução diferida, as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao longo do tempo de sua vigência. Por igual, inletem na formatação deste conjunto significativo as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual visualizados como um todo.” (Ibid., p. 430).

<sup>119</sup> Ibid., p. 429.

mundo jurídico e os fatos contratuais, na aplicação do direito, inclusive com sua aplicação em julgados, mesmo antes de ser promulgado o atual Código Civil, com base no CDC<sup>120</sup>.

Destarte o princípio da boa-fé não pode ser revogado, afastado pela vontade das partes, limitando a autonomia por considerações de caráter geral principiológico, o que é bastante positivo para o contexto jurídico e valorização da segurança jurídica. Fica patente, então, que o Estado não pode proteger vontades contrárias às normas básicas de convivência nem a princípios que representam o que é praticado no seio da sociedade.

Verifica-se que o princípio da boa-fé, no contexto apontado acima, pode dar substrato à norma jurídica positivada, ou até mesmo no caso de sua inexistência, atuando no amplo campo de atuação dos princípios e, sobretudo, no âmbito moral, ético e cultural em que a relação jurídica e contratual está inserida.

#### 1.2.1.3.4 A boa-fé e a criação de deveres jurídicos

Diversos são os deveres lançados no campo obrigacional contratual; aqueles atinentes ao próprio contrato são os chamados deveres de prestação, dizem respeito ao núcleo do contrato, como por exemplo o pagamento, a entrega da coisa. Via de regra, tais deveres estão lançados, quantificados e com prazos estipulados nos pactos celebrados, que não são objeto de estudo do presente trabalho. “O que aqui importa destacar, contudo, são os deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela.”<sup>121</sup>

São os deveres que excedem do próprio e estrito dever de prestação, especialmente nas obrigações negociais, mas que são com ele necessariamente anexos, únicos ou correlacionados, precursor nesta linha de abordagem foi Larenz:

"deveres de conduta", que resultam do que as partes estipularam, ou do princípio da boa-fé, ou das circunstâncias, ou, finalmente, das exigências do tráfico, que podem afetar a conduta que de qualquer modo esteja em relação com a execução da obrigação. Para ele, esses deveres não podem ser demandados autonomamente, mas sua violação fundamenta obrigação de indenização ou, ante certas circunstâncias, a

<sup>120</sup> "Responsabilidade civil. Estacionamento. Relação contratual de fato. Dever de proteção derivado da boa-fé. Furto de veículo. O estabelecimento bancário, que põe à disposição dos seus clientes uma área para estacionamento dos veículos, assume o dever de proteger os seus e a pessoa do usuário. O vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim estabelecida, que serve de fundamento à responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever (4ª T. STJ, Areg. n.º 47.901-3/SP, 1994)."

<sup>121</sup> COSTA, 2000, p. 438.

resolução do negócio jurídico. Esses deveres resultam naturalmente da relação jurídica obrigacional, mas se diferenciam por seu caráter secundário ou complementar do dever primário de adimplemento. Toda obrigação recebe seu caráter distintivo (sua configuração como contrato de locação, de compra e venda, de empreitada) precisamente através do dever primário de adimplemento, mas seu conteúdo total compreende ademais deveres de conduta mais ou menos amplos.<sup>122</sup>

Em sua obra, Judith Martins Costa aponta os deveres de conduta, veja-se:

Entre os deveres com tais características encontram-se, exemplificativamente: a) *os deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever de depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) *os deveres de aviso e esclarecimentos*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seus *desideratum*, o de consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação de declaração negocial; c) *os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, in fine, 14.18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) *o dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) *os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) *os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) *os deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamentos, por parte do devedor etc.

O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres secundários. Estão, antes, referidos *ao exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o completo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.<sup>123</sup>

Assim, o dever de conduta confunde-se com o dever geral de agir de boa-fé na relação contratual, conforme arremata Judith Martins Costa, “ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração conteúdo, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida.”<sup>124</sup>

Destarte, os deveres gerais de conduta não decorrem somente do princípio da boa-fé, mas sobretudo dos princípios gerais do ordenamento jurídico em que a relação contratual está

<sup>122</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: ERDP, 1958, p. 22.

<sup>123</sup> COSTA, 2000, p. 439-440.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 440.

inserida, bem como incidem diretamente nas relações obrigacionais e independem da manifestação de vontade dos contratantes, principalmente nos contratos bancários.

Não se pode negar que a boa-fé é dever de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais, especialmente no contrato bancário, com destaque nas repercussões de certos comportamentos de confiança que as pessoas depositam nas instituições financeiras, importando conduta honesta, leal, correta; é a boa-fé da conduta, que para Menezes Cordeiro<sup>125</sup> “a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela.”

Saliente-se que o dever de conduta passa também pelos valores de fidelidade, confiança, lealdade, equidade, informação, (o dever de informar deve ser rigorosamente observado no contrato bancário, diante da incidência do CDC, que determina a informação da publicidade ao consumidor) cooperação, sendo que a boa-fé objetiva deve reger todo o contrato, desde a fase pré, passando pela execução e até a pós-contratual, diante inclusive do regramento do artigo 422 do Código Civil.

Mencione-se que a boa-fé atua também como fonte direta de deveres de conduta impostos às partes, sendo manancial dos deveres laterais de informação<sup>126</sup>, de advertência, de conservação, de proteção e de custódia<sup>127</sup>, dos deveres de cuidado, de aviso e esclarecimento quanto ao adequado uso da coisa, de prestar contas, de colaboração e cooperação e omissão, dentre outros comportamentos exigidos dos contraentes, o que torna o princípio de uso bastante efetivo, porém de pouca praticidade por aqueles que exercem principalmente as atividades comerciais no País, principalmente pelas inúmeras reclamações que abarrotam os Procons, Juizados Especiais e a justiça pelo Brasil a fora.

---

<sup>125</sup> CORDEIRO, 1997, p. 1234.

<sup>126</sup> ALTERINI, Atilio Anibal. Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 19, jul./set. 1996, p. 13.

<sup>127</sup> TOMASETTI JUNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 13, jan./mar, 1995, p. 16.

#### 1.2.1.3.5 A boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos

Ressalta-se, por fim, a limitação de direitos subjetivos aos contratantes, diante da boa-fé, com a determinação de deveres para uma das partes contratantes, abrangendo várias possibilidades, conforme citado por Judiht Martins Costa.

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos. Por essa razão é alargadíssimo esse campo funcional, abrangendo, por exemplo, relações com a teoria do abuso do direito, com a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidades formais, a vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência etc. Nesse panorama privilegiarei, porém a invocação de três hipóteses, quais sejam a teoria do adimplemento substancial, em matéria de resolução de contrato, a invocação da regra do *tu quoque*, em matéria de oposição da exceção de contrato não cumprido, e o *venire contra factum proprium*, todos passíveis de ser englobadas na ampla categoria da inadmissibilidade da adoção de condutas contrárias à boa-fé.<sup>128</sup>

Assim, não se pode negar que a boa-fé assume uma função limitadora, mas dentro das manifestações jurídicas exigidas na conduta humana, atuando com a finalidade precípua de controle, limitando inclusive a autonomia da vontade dos contratantes que agora não é mais absoluta e soberana como outrora.

Destarte, os contratantes devem obedecer, seguir uma forma de conduta de agir e segui-lo dentro da boa-fé praticada no contexto ético, moral, cultural e social em que estão inseridos, pois as conseqüências de um comportamento contrário ao que determina a boa-fé podem ser diversas perante o ordenamento jurídico brasileiro, podendo ocorrer sanções, execução de multas e cláusulas penais, nulidade ou ineficácia do ajuste, bem como a incidência da responsabilidade civil em desfavor do indigno.

Não se pode olvidar que a boa-fé como critério objetivo de padrões comportamentais para a efetivação, execução e posteridade contratual é necessária, devendo aquele que não agir dentro dos ditames da boa-fé, sofrer as conseqüências de seu ato, e suas conseqüências variadas, conforme já apontado acima, inclusive para determinar a rescisão, revisão

---

<sup>128</sup> COSTA, 2000, p. 454.

contratual, por *exceptio non adimpleti contractus*<sup>129</sup>, caso o processo esteja em curso e se descubra que uma das partes não agiu dentro da boa-fé, devendo assim, responder pelos danos causados.

#### 1.2.1.4 Função social do contrato

O fenômeno da constitucionalização do direito privado eleva a função social do contrato ao âmbito da Constituição da República, sendo de valiosa importância inclusive para o próprio princípio. Veja-se a posição de Rogério Ferraz Donnini a respeito, “embora a livre iniciativa esteja prevista no *caput* do artigo 170 da Constituição, está ela associada à valorização do trabalho humano, na existência digna, consoante os ditames da justiça social.”<sup>130</sup>

Desse modo, a orientação constitucional a ser seguida não é mais do indivíduo, como adotado outrora inclusive pelo Código Civil de 1916, mas sob o enfoque da tutela do bem-estar social, em que está patente a preocupação com a proteção dos interesses sociais, sobressaindo assim relevante o princípio da função social. Na lição de Enzo Roppo:

O processo de objectivação do contrato e do direito dos contratos, examinado no número precedente, concerne às relações entre vontade e declaração, e resume-se na diminuída importância do elemento subjetivo da vontade e na importância acrescida do elemento objetivo da declaração. Mas, este processo manifesta-se, também, noutros fenômenos, que denunciam, de modo ainda mais evidente, a distância que separa a moderna figura do contrato da sua imagem novecentista, toda ela marcada pelas características do individualismo e pela ciosa inerência às pessoas dos contratantes.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida sua obrigação, exigir a do outro. Nessa hipótese, tem direito a invocar a exceção de contrato não cumprido. O fundamento desse direito é intuitivo. Visto que a essência dos contratos bilaterais é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações, nada mais conseqüente que cada qual das partes se recuse a executar o acordo, opondo a *exceptio non adimpleti contractus*. Se não cumpre a obrigação contraída, dado lhe não é exigir do outro contraente que cumpra a sua” (GOMES, 1999, p. 91).

<sup>130</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 76.

<sup>131</sup> ROPPO, 1988, p. 302.

Feitas estas considerações é importante destacar que o contrato apresenta-se com funções determinantes e dentre as principais, cita-se a econômica<sup>132</sup>, pois o contrato bancário, diante de sua natureza, exerce forte função econômica, visto que a grande maioria dos contratos bancários concedem créditos, fomentando assim a circulação da riqueza, ainda exerce a função, regulatória<sup>133</sup>, bem como a social<sup>134</sup>.

Embora o contrato tenha natureza eminentemente de direito privado, de regulação de relações privadas, a doutrina encontra a fundamentação da função social do contrato na Constituição da República, corroborada com o Código Civil que atualmente expressa de forma cabal e determinada a função social do contrato no artigo 421. “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Na lição de Antônio Junqueira de Azevedo, encontra-se a função social e o conceito do Código Civil inserido no âmbito constitucional.

Numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas. A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar como um dos fundamentos da república, o valor social da livre iniciativa (art. 1.º, inc. IV). Impõe ao jurista, a proibição de ver o contrato um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade.<sup>135</sup>

Em seu contexto, o princípio da função social do contrato demonstra que o pacto não está vinculado somente às partes, mas também reflete seus efeitos em toda a sociedade em que está inserido, estando assim evidenciada a função social do contrato. Também é neste sentido o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, “O princípio da função social, nessa perspectiva, não se volta para o relacionamento entre as partes contratantes, mas para os

---

<sup>132</sup> “Função econômica do contrato. A vida econômica desdobra-se por meio de imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo o contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária a sua causa. Considerada a variedade de funções econômicas que desempenham, classificam-se em contratos: a) para promover a circulação de riqueza; b) de colaboração; c) para prevenção de risco; d) de conservação e acautelatórios; e) para prevenir ou diminuir uma controvérsia; f) para a concessão de crédito; g) constitutivos de direitos reais de gozo, ou de garantia.” (GOMES, 1999, p. 19).

<sup>133</sup> “Acordo sobre uma declaração de vontades comum, destinada a regulamentar seus direitos” (LORENZETTI, 1998a, p. 534).

<sup>134</sup> “Mas a construção do pensamento da função social do contrato envolto aos efeitos que o negócio produz na coletividade já encontra espaço na prática judiciária”. (NALIN, 2006, p 219).

<sup>135</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer)**. RT 750/116. [S.L.: s.n., s.d.], p. 52.

reflexos do negócio jurídico perante terceiros (isto é, no meio social). É o que se deduz do próprio nome com que o princípio se identifica.”<sup>136</sup>

Verifica-se que a função social do contrato, como princípio, não está adstrita somente às partes, mas erradia seus efeitos em toda a sociedade em que está inserida, especialmente no campo social.

Muito embora bastante referenciada na atualidade, a função social do contrato, inclusive com expressa determinação Constitucional e no Código Civil, encontra contrários a sua efetividade no ordenamento jurídico, na prática, bem como em sua esfera de atuação, Neste aspecto, faz-se necessário citar a posição de Fabio Tokars, que ao tratar da função social da empresa, contesta sua efetividade, apesar de no presente caso escrever sob a função do social do contrato.

A lição absolutamente irrefutável revela uma expressão merecedora de análise mais aprofundada, qual seja a de que a crença na função social da empresa constitui-se numa “perigosa ilusão”. É confortável cair na tentação de vislumbrar o direito como um abstrato conjunto de normas, com função de regular a vida em sociedade. Esta forma de agir caracteriza o período ainda insuperado da racionalidade moderna, no qual a visão positivista do Direito tem o condão de afastar a análise de questões que, por irem além do conteúdo formal da norma, eram consideradas como metajurídicas. Pode-se dizer que a racionalidade moderna é confortável exatamente porque isenta o investigador de análises relativas à legitimidade material e à efetividade da norma. Abandonando esta visão, o jurista pode perceber que muitas premissas de nossa organização constitucional não passam daquilo que a ciência política nomina de válvula de escape psicossocial, a qual pode ser definida como instrumento de aparente conquista social que, em realidade, acaba por atuar exatamente de forma oposta, mantendo privilégios ou impedindo a real conquista de interesses sociais. Caso clássico de válvula de escape psicossocial é a Consolidação das Leis do Trabalho, atualmente vista muito mais como um instrumento de limitação do que de concessão dos direitos trabalhistas e, que, à época de seu lançamento, atuou socialmente como mecanismo de estabilização, impedindo a potencialização dos movimentos trabalhistas. No âmbito deste estudo, concluiu-se parcialmente que ainda que seja socialmente exigida uma atuação empresarial que apresente preocupação social, a mera previsão normativa não se faz capaz de garantir materialmente os interesses da sociedade. A norma em si está colocada como bandeira de conquista social, sem que, no campo concreto, tenha representado algo de relevante.<sup>137</sup>

Destaca-se, ainda, que os modernos princípios contratuais (principalmente a boa-fé e função social do Contrato) não retiraram do mundo jurídico os princípios contratuais tradicionais, mas sim os complementam e devem conviver harmonicamente, para que o complexo sistema contratual atual possa atender a uma variedade de situações e

---

<sup>136</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.13.

<sup>137</sup> TOKARS, Fábio Leandro. Função Social da Empresa. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). **Direito Civil Constitucional, situações Patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 93-94.



particularidades exigidas hodiernamente, desde uma contratação igualitária, passando pelos contratos de massa, de adesão, dentre outros. Nesse contexto, cita-se Humberto Theodoro Junior:

Os novos princípios introduzidos na teoria dos contratos não anularam os princípios tradicionais que sempre governaram o importante segmento do direito das obrigações. Apenas foram a eles acrescidos para enriquecê-los e aprimorá-los, diante da moderna visão do fenômeno econômico pelo Estado Democrático de Direito, preocupado com os valores éticos e sociais.

Assim, a função social passou a atuar no campo das condições de validade do contrato. Contudo, ela não pode ser medida arbitrariamente ou, ainda pior, ser imaginada como a panacéia para a correção de todos os males, como se fosse o único princípio informativo a observar.<sup>138</sup>

Ademais, a boa-fé e a função social não se apresentam em única definição, conforme aponta Tereza Negreiros, “o princípio da boa-fé, tanto quanto o princípio do equilíbrio econômico e o princípio da função social, não se sujeita a uma única definição”<sup>139</sup>; assim, o princípio da função social não deve ser lido apenas na dogmática do Código Civil, mas, sobretudo, em sua formação Constitucional, para assim se ter a melhor compreensão de sua amplitude.

Deve-se salientar que o princípio da função social deve ser lido como baliza de tutela dos efeitos externos produzidos pelo contrato, podendo afetar o terceiro que sequer participou do pacto ou “a sociedade como um todo”<sup>140</sup>. Neste sentido, cita-se Humberto Theodoro Júnior<sup>141</sup>, “o princípio da função social, nessa perspectiva, não se volta para o relacionamento entre as partes contratantes, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros”. Pode-se também defender a sua aplicação entre os contratantes, conforme Paulo Nalin, “o contrato, mesmo voluntariamente executado, não chega a cumprir a sua função social, quando, por exemplo, atenta contra a dignidade do contratante.”<sup>142</sup>

Hodiernamente, tem sido bastante coerente a defesa de ambos os raciocínios citados acima, diante efetivamente da existência dos efeitos do contrato frente a terceiros, com a proteção da função social, diante da existência do subprincípio do “dever geral de não lesar

<sup>138</sup> THEODORO JUNIOR, 2004, p. 139.

<sup>139</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115.

<sup>140</sup> USTÁRROZ, Daniel. **A responsabilidade contratual no novo código civil**. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 31.

<sup>141</sup> THEODORO JUNIOR, 2004, p. 13.

<sup>142</sup> NALIN, 2006, p 226.

terceiros, condicionando a utilização do poder atribuído aos sujeitos pela autonomia privada.”<sup>143</sup> <sup>144</sup>.

Demonstrando que a função social opera seus efeitos entre as partes contratantes, bem como perante terceiros e sociedade, arremata-se com os argumentos de Cláudio Luiz Bueno Godoy, veja-se:

Ao cabo deste estudo, impede reafirmar que a função social do contrato corresponde a uma nova compreensão do instituto, a que atinentes novos ou relidos princípios e voltando, é certo, a possibilitar a circulação econômica mas, com efeito, de modo, a mais que garantir, promover mesmo valores constitucionais reputados fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o solidarismo social. E, para além da esfera jurídica das partes contraentes, assume o contrato uma eficácia social, corolário de sua inserção no contexto das relações entre os indivíduos, portanto perante quem não é indiferente, a revelar que seus efeitos se espriam igualmente diante de terceiros, não-contratantes.<sup>145</sup>

O princípio da função social do contrato, diante de sua extensão e aplicabilidade é sem dúvida de grande valia e aplicação nos contratos bancários de créditos, pois conforme se apurou o princípio consiste basicamente na projeção da eficácia dos termos do contrato, para além dos limites pactuados entre as partes, afetando não somente as partes, mas podendo atingir terceiros e toda a sociedade.

Assim, não é difícil observar que o contrato de crédito bancário representa de forma concreta o princípio da função social do contrato que concede crédito a uma empresa, refletindo no contexto em que a empresa está inserida, pois aplicado o crédito recebido, vai gerar empregos, melhorias salariais, nas condições de trabalho, e até mesmo na sociedade em que a empresa está inserida.

O princípio da função social do contrato diante da aplicação do princípio da confiança reforça a força obrigatória do contrato, ou seja, a função social deve ser utilizada como ordem para o cumprimento contratual, se as partes agiram dentro da confiança, um para com o outro. Neste sentido, veja-se a lição de Marília Zanchet:

A evolução das teorias da fundamentação do negócio jurídico permite hoje, diante de um quadro jurídico mais preocupado com a realidade da massificação e da complexidade social, que se busque um meio caminho entre as teorias subjetivas e as teorias objetivas. Não se deve negar o fundamento de vontade do negócio jurídico, porém também não se deve perder de vista que a relação negocial é um processo que envolve cooperadores. O negócio jurídico não pode se fechar em si

<sup>143</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos**. São Paulo: Método, 2002, p. 127.

<sup>144</sup> REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

<sup>145</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do Contrato**. São Paulo: [s.n.], 2004, p. 181.

mesmo, negando que somente a vontade, exteriorizada e reconhecida pelos membros da sociedade, é que pode originá-lo.

Também não se pode creditar o fundamento do negócio jurídico à confiança, ela emerge nessa realidade voltada à função social do direito privado como forma de solução das lacunas criadas pela própria dogmática jurídico-negocial. São os contatos sociais, quando gerarem legítima expectativa, que devem ser reconhecidos como o fundamento da responsabilidade pela confiança.<sup>146</sup>

Assim, o contrato para atender a função social não pode onerar excessivamente a parte, apresentar-se com desproporções significativas, deve observar a justiça contratual das partes, sob pena de violar a função social do contrato, principalmente exigindo das partes que ajam dentro da confiança extrema uma para com a outra, principalmente os contratos bancários de créditos, que por serem contratos de adesão e massificados não deixam de exigir que as partes observem a função social do pacto e em especial a confiança, para atribuir ao contrato necessária força obrigatória.

Desta forma, tem-se que a função social do contrato atua também nos “direitos de terceira dimensão”,<sup>147 148</sup> principalmente na justiça contratual, contudo não pode o contratante tentar invocar a função social do contrato, diante de sua própria torpeza. Neste aspecto, o judiciário tem sido atento em seus julgados<sup>149</sup>, afastando condutas desonestas e não compatíveis com a boa-fé e a função social.

Pode se afirmar que a função social do contrato constitui em verdadeira cláusula que robustece o contrato diante da conservação deste sendo corolário da força obrigatória do pactuado, não pactuando com privilégios ao devedor inadimplente como muitos querem deixar entender em suas teses desesperadas que batem diariamente às portas da justiça, invocando erroneamente a função social do contrato na tentativa de sua proteção.

Sobre este assunto, o Conselho de Justiça Federal (CJF), por meio do Centro de Estudos Jurídicos (CEJ), apresentou sua opinião, ao exarar o Enunciado de número 23,

<sup>146</sup> ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos Contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico Brasileiro: Análise comparada entre o CDC e o CC/2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, p. 117-142, abr.-jun. 2006, p. 139.

<sup>147</sup> LIMA, George Marmelstein. **O Direito Fundamental à Ação**. Disponível em: <<http://www.georgelimahpgig.com.br/livros.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2008, p. 19.

<sup>148</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 518.

<sup>149</sup> Alienação fiduciária busca e apreensão. Dec. – 911/69. Constitucionalidade. Inexistência de violação ao princípio da socialidade do novo código civil. O STF já firmou entendimento acerca da constitucionalidade do Decreto-Lei 911/69, não havendo que se falar em ofensa aos princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa. A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não tem o condão de privilegiar o devedor inadimplente que no exercício de sua livre manifestação de vontade firmou contrato de alienação fiduciária, cujo vencimento antecipado da dívida e desapossamento do bem se conforma com os princípios constitucionais e não atentam contra a Boa-fé. Recurso improvido. (APC DF 201257, 4ª Turma Cível, Relator: Getúlio Moraes Oliveira, DJU: 28/10/2004, p. 65).

literalmente: “A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

Portanto, a função social do contrato instrumentaliza direitos metaindividuais, entretanto *prima* pela validade do pacto celebrado<sup>150</sup>, visando fortalecer o contrato como instrumento de circulação de riquezas que efetivamente promove a dignidade da pessoa humana.

Entretantes, a tempo, é importante citar a lição de Paulo Nalin, acerca das conseqüências da inobservância da função social do contrato, qual seja a nulidade do contrato.

*A priori* não se deve afirmar que todo contrato distante de sua função será exclusivamente inválido, podendo também a antes disso ser inexistente, dentro daquela concepção da falta de materialidade ou corpus do negócio antes abordado, o que torna desnecessário avançar sobre o tema da invalidade. Aliás, quando antes tratei diretamente da boa-fé, tive a oportunidade de asseverar que sua falta, na substância do contrato, implicaria a própria inexistência do negócio jurídico, uma vez que ela faz parte dos elementos de sua existência.

Em prisma mais amplo, entretanto, ante a expressiva agressão ao ordenamento constitucional que proporciona o exercício da autonomia privada desvinculada de uma funcionalização social, em consonância com o anteriormente analisado, notadamente a violação do interesse geral da sociedade, mostra-se imperioso concluir pela nulidade do negócio contratual.

(...)

Surge, assim, a necessidade de se buscar no seio da doutrina mais especializada, uma solução que se mostre adequada e possibilite que se conclua pela nulidade do negócio contratual que escapa de sua função social. A reposta que se afigura mais adequada é o reconhecimento da nulidade virtual, como uma hipótese aceitável no contexto da teoria das nulidades.<sup>151</sup>

Assim, diante de conseqüência extremamente danosa para as partes, ou seja, a nulidade do contrato, em caso de não observância do princípio da função social, é preciso que os contratantes atentem pela aplicabilidade do princípio na relação contratual, para não ter questionamentos desagradáveis perante o poder judiciário.

---

<sup>150</sup> Nesse sentido, veja-se “Na verdade, importa aqui a menção a dois instrumentos que servem ambos, à manutenção da higidez dos contratos, sempre à consideração da relevância social que a eles se reserva, portanto eficácia se deve procurar otimizar e, antes, cujo desfazimento deve ser evitado. Ou, sem diversos termos, deve-se, pelo papel que desempenha nas relações sociais, procurar o máximo de eficácia dessa que, afinal, e forma de circulação de riquezas mas, primeiro até, instrumento da promoção da dignidade humana e do solidarismo social – o contrato. (GODOY, 2004, p. 167).

<sup>151</sup> NALIN, 2006, p 234-235.

## 2 O CONTRATO BANCÁRIO DE CRÉDITO E O EQUILÍBRIO DE OBRIGAÇÕES

As instituições financeiras no desempenho de suas funções exercem fundamental importância para a sociedade na manutenção do mercado financeiro, no fomento às empresas e a população em geral, com suas relevantes atividades, dentre as principais, cita-se a concessão de crédito. Não é outra a lição de Arnaldo Rizzardo:

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

Possibilita o crédito a própria existência das indústrias e do comércio.

Na maioria das vezes, as pessoas físicas ou jurídicas comerciais ou industriais não têm meios próprios para atender as constantes demandas de aperfeiçoamento e expansão no ramo em que atuam. E tem no banco o seu principal elemento técnico propulso. Não se destina para criar riquezas, mas para possibilitar a sua circulação e acumulação.

Efetivamente, os instrumentos tradicionais do crédito são as instituições financeiras.

Elas recebem os depósitos e os investem no setor público ou privado.

O banco promove a industrialização do crédito, o favorecimento da circulação de riquezas e enseja as condições de consolidação das poupanças individuais. Tem a função monetária enquanto é órgão de pagamento e creditícia, ou quando age como órgão de investimento – funções que se entrelaçam e se completam.<sup>152</sup>

Destarte, é de fundamental importância ao sistema capitalista a existência dos bancos para o fomento da economia, da atividade empresarial como um todo; ademais, o crédito bancário recebido pelo meio produtivo gera e circula a riqueza, sendo caminho para o aumento do emprego, da renda e da instabilidade financeira, incrementando a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República.

As relações negociais entre os bancos concedentes de créditos e as empresas ou particulares, os recebedores do créditos, são instrumentalizadas mediante o contrato bancário de crédito que ganha fundamental importância em uma economia de mercado e no sistema jurídico nacional.

Existe atualmente no sistema jurídico brasileiro toda uma concepção voltada ao contrato de crédito bancário que está inserido dentro do microssistema de direito bancário, com forte influência do direito do consumidor, estando todos dentro do direito Civil e baseados na Constituição da República.

---

<sup>152</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 15-16.

Nesse contexto, surge a grande discussão a respeito do tema acerca de qual legislação regula de perto os contratos bancários de crédito; em uma análise simplista pode-se observar a incidência do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, bem como as normas e resoluções editadas pelo Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional, sem contar naturalmente a aplicação da Constituição da República.

Para delimitar o contrato de crédito bancário e o equilíbrio de obrigações, necessário, antes, abordar a incidência da legislação mencionada acima de aplicação nos contratos de crédito bancário, pois são fortemente regidos pelo direito positivo, fazendo com que seja “cuidado” de perto pelo judiciário em seus julgados; assim, nos contratos bancários de crédito a jurisprudência tem forte influência e inclusive em constante renovação, balizados naturalmente na legislação aplicada no caso, até porque em matéria de contratos bancários ocorre existência de uma gama enorme de legislação extravagante específica para cada relação creditícia.

## 2.1 DA REGULAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITOS

O que não gera nenhuma discussão é a aplicação dos termos da Constituição da República aos contratos bancários de crédito. A Constituição neste sentido dispensou todo o título VII, do Capítulo IV, o qual denominou “da ordem econômica e financeira”, no título, e “Do sistema Financeiro Nacional”, no capítulo, tratando do crédito e por consequência dos contratos bancários de crédito<sup>153</sup>.

Contudo, observa-se que a Constituição Federal de 1988, efetivamente inovou ao tratar um capítulo inteiro acerca do sistema financeiro nacional, é que passados 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição não foi ainda regulamentado o sistema financeiro

---

<sup>153</sup> “No Brasil, o crédito é de suma importância para o crescimento do país, o que fez com que o legislador introduzisse na Constituição Federal um capítulo apropriado. Isto somente serve para alerta a todos da responsabilidade em que está revestida a atividade financeira. (A Constituição Federal enuncia no título VII. “Da ordem econômica e financeira”, em seu capítulo I, Dos princípios gerais da atividade econômica, através de seu art. 170: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: e, conforme o seu inc. IV – livre concorrência” Este conceito, é complementado pela redação do caput do art. 192: “O sistema financeiro nacional estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade...” Assim, não há e nem deveria haver imposição da iniciativa econômica privada na política de concessão de crédito entre os direitos e deveres fundamentais, mas a preocupação do legislador nos artigos que tratam de ordem econômica é relativa a uma política de crédito macro voltado à livre iniciativa e ao cooperativismo” (VENTURA, Eloy Câmara. **A evolução do Crédito da antiguidade aos dias atuais**. Curitiba: Juruá, 2001, p.64).

nacional por meio de lei ordinária ou complementar, estando o legislador ordinário em débito com a nação. Assim, o sistema financeiro continua sendo regido pela Lei n.º 4.595, de 31.12.1964, que em muitas ocasiões face a sua precariedade não abarca todas as situações e desta forma o Banco Central, por meio de resoluções, portarias, edita norma regulamentando o sistema financeiro em uma afronta ao sistema legislativo estabelecido, visto que em muitos casos extrapola os seus limites institucionais, invadindo a esfera do poder legislativo.

Desse modo, a constituição, ao tratar do sistema financeiro nacional, que abarca as instituições financeiras as quais por sua vez celebram os contratos bancários de créditos, cuida do tema que por certo, tem aplicabilidade nos contratos bancários de créditos<sup>154 155</sup>, muito embora determina a elaboração de lei complementar para o assunto, indicando, contudo, parâmetros para a lei complementar<sup>156</sup>.

Como ainda não foi promulgada lei complementar do sistema financeiro nacional que abarque todas as determinações constitucionais, aplica-se a própria constituição<sup>157</sup>, bem como a legislação complementar que rege a matéria acerca da questão.

Destarte, a Constituição da República em matéria de sistema financeiro nacional remete a questão à lei complementar; entretantes, indica o conteúdo, informando a matéria e

<sup>154</sup> Nesse sentido, “Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Algumas, eficácia jurídica e eficácia social; outras, apenas eficácia jurídica”. (TEMER, Michel. **Elementos de direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo. Malheiros, 2006, p. 25)

<sup>155</sup> “No domínio da Constituição, interessa particularizar a natureza da norma Constitucional, que delimita o campo desta análise. A norma constitucional é a norma primária do ordenamento jurídico, ocupando o lugar mais elevado na pirâmide do sistema jurídico. A norma constitucional é a norma fundamental que ocupa o vértice do ordenamento jurídico. A posição hierarquicamente suprema da norma constitucional desencadeia a sanção da inconstitucionalidade, quando se verificar o conflito entre a norma fundamental e primária e as normas ordinárias e secundárias. Sendo inquestionável a validade da norma constitucional, fonte primária do ordenamento jurídico, questionou-se, doutrinariamente, a eficácia da norma constitucional, com o objetivo de diferenciar a intensidade do comando que brota da Constituição.” (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 194).

<sup>156</sup> As regras sobre o Sistema Financeiro Nacional concluem a matéria constitucional da Ordem Econômica Financeira. Estas Regras se acham condensadas no art. 192, seus oito incisos e três parágrafos. Tendo deferida à lei complementar a competência para regular o sistema financeiro nacional, indicando sua preferência pelo tratamento do tema na legislação ordinária, a Constituição, limitou-se a antecipar algumas regras que integrarão o poder regulatório da lei complementar. Ao invés de organizar o sistema financeiro nacional, a Constituição preferiu prefixar o conteúdo material da Lei complementar, dando como seu objeto dispor sobre os seguintes assuntos. I – autorizar para o funcionamento das Instituições financeiras, observados o acesso ao mercado financeiro bancário e a vedação de participação em atividades não previstas na autorização; II – autorizar o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização; III – condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições financeiras; IV – organizar funcionamento e atribuições do Banco Central e das instituições financeiras públicas e privadas; V – requisitos para a designação de membros da Diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras; VI – criação de fundo ou seguro, com o objeto de proteger a economia popular; VII – critérios restritivos da transferências da poupança de regiões de menor desenvolvimento para as outras de maior desenvolvimento; VIII – funcionamento das cooperativas de crédito e requisitos de sua operacionalidade (art. 192). (Ibid., p.264-265).

<sup>157</sup> “A noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer uma completa obviedade, demorou algum tempo para se firmar” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lume Júris, 2004, p. 70)

norteando os rumos da lei complementar a ser elaborada, assim julgados não podem fugir desta determinação constitucional, mesmo que inexistam a lei complementar.

Por outro lado, em relação à aplicabilidade e eficácia imediata do **Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor** nos contratos bancários, a questão não é tão singela assim, pois existe severa discussão pela doutrina, e a jurisprudência acerca da aplicabilidade nos contratos bancários é intensa.

Vários são os aspectos de aplicabilidade do Código Civil nos contratos bancários de créditos, diante de sua formalização, pelo regime de garantia, revisão contratual, juros, os quais serão abordados adiante.

Assim, as partes, ao formalizarem um contrato bancário de crédito, devem optar por uma operação bancária de crédito, podendo ser por meio de contrato de mútuo; o Código Civil cuidou da questão no artigo 586, trata-se da contratação e suas conseqüências, que pode gerar para o banco um título executivo ou não, especialmente segundo a orientação da jurisprudência.

Ainda ao instrumentalizarem a operação bancária de crédito, podem escolher a formalização por meio de título de crédito, que também foi tratado pelo Código Civil no artigo 887 e seguintes; entretanto, deve destacar que o tratamento dos títulos de créditos não é matéria exclusiva do Código Civil em relação aos contratos bancários de créditos, pois diversos títulos de créditos praticados quase que exclusivamente pelas Instituições Financeiras têm tratamento específico por leis esparsas, como o caso da Cédula de Crédito bancário, título de crédito bancário, as operações de crédito rural (cédula rural pignoratícia), Cédula Rural hipotecária, Nota de Crédito Rural, Cédula de Crédito Industrial, Cédula de Crédito Imobiliário, dentre outras com determinações de leis específicas.

Assim, a contratação da operação bancária de crédito pode ser basicamente de duas formas, por contrato, ou por título de crédito (por ser um contrato), pois o CPC também admite o contrato como título de crédito para a finalidade processual. A distinção no presente trabalho se faz necessária pelo aspecto sistemático constante do próprio Código Civil, bem como pelo aspecto jurisprudencial adotado, uma vez que denominado título de crédito tem admitido reiteradamente a execução deles.

Conquanto alguns contratos, conforme já mencionado, sejam considerados pelo Código de processo Civil como títulos executivos extrajudicial, a jurisprudência não os tem



admitidos como tal, principalmente o contrato de abertura de conta corrente e o contrato de concessão (limite) de crédito em conta corrente<sup>158</sup>.

Desse modo, é comum as instituições financeiras consolidarem os débitos dos contratos de abertura de conta corrente e de concessão (limite) de crédito em conta corrente em contratos de confissão de dívidas para gozarem de executividade o que é admitido pela jurisprudência. Todavia, ocorre entendimento ao contrário<sup>159</sup>.

Destarte, as instituições financeiras nos contratos de abertura de conta corrente e de concessão (limite) de crédito em conta corrente perante a orientação jurisprudencial devem remeter à pretensão processual mediante ação de cobrança, ou ação monitória, ambas pelo rito ordinário.

Em relação às garantias serão adiante melhor estudadas, entretanto para efeitos de aplicação do Código Civil nos contratos bancários, observa-se que as garantias de fiança e aval, determinadas no artigo 818 e seguintes, bem como o artigo 897 e seguintes do Código Civil aplicam-se aos contratos de créditos bancários, enquanto que o penhor, a hipoteca e a anticrese tratados no Código Civil nos artigos 1419 a 1510 são de uso comum nos contratos bancários de créditos.

Destarte, não somente o Código Civil regula as garantias nos contratos bancários de créditos, tendo uma gama de legislação complementar que regulamenta garantias específicas; o maior exemplo desta legislação complementar é o decreto-lei 911/1969, que trata da alienação fiduciária em garantia.

Destaca-se que a discussão de não aplicabilidade do **Código de Defesa do Consumidor** aos contratos bancários de créditos foi suscitada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro Nacional, (entidade representativa das instituições financeiras), diante do ajuizamento da ADI 2.591, perante o Supremo Tribunal Federal, que alegou a inconstitucionalidade, impugnando a validade do art. 3.º, parágrafo 2.º do CDC perante as instituições financeiras, em que estabelece:

Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação serviços.  
Parágrafo 1.º (...)

<sup>158</sup> Súmula 233 do STJ, “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, não é título executivo.”

<sup>159</sup> “(...), existindo dúvida quanto ao valor confessado, deveria o exequente, pelo princípio da boa-fé contratual, juntar todos os contratos que deram origem à confissão, explicando como chegou ao valor confessado, para possibilitar aos executados e ao juiz o exame da liquidez do título, pena de ser considerado carecedor da ação de execução.” (TAPR, Ap. Cív. 153813600).

Parágrafo 2.º Serviços é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancárias, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Assim, diante da demora na tramitação e julgamento de mencionada ADI, criou-se na defesa dos bancos a alegação constante de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários de créditos. Desta forma, surgiram alguns doutrinadores defendendo a sua não aplicabilidade<sup>160/161</sup>; contudo, a grande maioria apresenta argumentos no sentido de aplicação do CDC nas relações contratuais de crédito bancário.<sup>162 163 164</sup>

Destarte, na pendência do julgamento da ADI 2.591, o poder judiciário Brasileiro foi aos poucos consolidando em seus julgados a aplicação do CDC aos contratos bancários de créditos, inclusive tendo o STJ editado a Súmula 297, que estabelece “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às Instituições financeiras”.

A ADI 2.591, após demorada tramitação restou julgada no plenário do STF, improcedente, ou seja, declarando a Constitucionalidade do disposto no artigo art. 3.º, parágrafo 2.º do CDC, assim, atualmente, não resta dúvida na aplicação do CDC aos contratos

<sup>160</sup> “Não se aplica às operações de produção, poupança e investimento, ou seja, (...) à captação de recursos pelas instituições financeiras, sob qualquer forma; b) que o CDC também não se aplica às operações de empréstimos e outras análogas realizadas pelos bancos, pois o dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo, ao contrário instrumentos ou meios de pagamento, que circulam na sociedade em relação aos quais não há destinatário final (a não ser os colecionadores de moedas e o Banco Central quando retira a moeda de circulação); c) nos casos de crédito ao consumidor, nos quais a instituição financeira é interveniente ou participante, em virtude da concessão de crédito vinculado à compra de bem ou à prestação do serviço, poder-se-á entender que cabe aplicar-lhe o disposto no art. 52 da lei, o mesmo não ocorrendo na hipótese de crédito livre ou desvinculado, e não se lhe aplicando, de modo algum, as demais disposições da lei do consumidor.” (WALD, Arnaldo. O direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 666, s.d., p. 13 passim).

<sup>161</sup> “Concluindo assim que não se podem aplicar as regras do Código de Defesa do Consumidor, pois não ocorre a caracterização da relação de consumo” (LIMA, Adail Pereira de. Da Inaplicabilidade do Código de defesa do Consumidor ao Leasing Financeiro e a questão Cambiam. In: SILVA, José Guimarães da Silva; GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha (Coord.). **Direito Bancário e Temas Afins**. Campinas: CS Edições, 2003, p. 21-22).

<sup>162</sup> “Ao final, gostaria apenas de deixar consignada minha homenagem e gratidão aos eminentes Ministros do STF que nos passaram tão relevante e sábia lição: a importância e a coerência da defesa do consumidor no novo direito privado constitucional. Em “momento decisivo”, soube o STF decidir não apenas com “ciência”, mas com “sabedoria, arte prática e visão profética” e determinou, assim, o que o direito privado brasileiro deve ser: considerou plenamente constitucional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos e demais fornecedores de Crédito. Nós, juristas do século XXI, temos apenas que “saber ver” e “saber pensar” este direito privado de consumo bancário, financeiro creditício e securitário do futuro” (MARQUES, Cláudia Lima. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ADIN 2.591. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Considerações finais**. A vitória de todos nós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 395).

<sup>163</sup> “Assim, entendemos que, mesmo sendo facilmente perceptível a relação de consumo havida entre o cliente consumidor e o banco fornecedor, já que na maioria das vezes devemos constatar a ocorrência de prática abusiva, há que se conferir ao consumidor a proteção outorgada pelo CDC”, (EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52).

<sup>164</sup> “Não há dúvida quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, introduzida pela Lei 8.078, de 11.09.1990, aos contratos bancários”. (RIZZARDO, 2000, p 24)

bancários, embora ainda encontrem-se corajosos defensores em contrário, principalmente na defesa dos interesses das instituições financeiras.

Apesar disso, faz necessário tecer algumas considerações que, mesmo após o julgamento da ADI 2.591, atormenta os aplicadores do direito.

Seria possível ocorrer hipótese de não aplicação do CDC nos contratos bancários de créditos?

Primeiramente, há que se analisar as duas correntes doutrinárias que surgiram no direito Brasileiro, tentando conceituar o consumidor diante da tipificação, lançado no CDC, (art. 2.º, caput, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”), a teoria finalista ou subjetiva e maximalista ou objetiva.

Na **teoria finalista ou subjetiva**, o conceito de consumidor, lançado no artigo 2.º caput, do CDC, estaria limitado pela destinação final do produto adquirido, ou seja, adquire-se para si, para uso próprio, e não para revendê-lo, ou para inserir em sua cadeia produtiva, ou seja, sem utilizá-lo com fins econômicos.

Essa teoria limita a incidência do CDC nas relações empresariais, ou seja, a empresa somente será consumidora quando adquirir o produto como destinatária final; quando insere o produto em sua cadeia produtiva, não pode ser considerada como consumidora, o que no caso dificultaria a aplicação do CDC nos contratos bancários de créditos<sup>165</sup>.

Ainda há que se observar outra questão pregonizada no CDC: que possui em sua origem constitucional a vulnerabilidade do consumidor, uma vez que o CDC é eminentemente protetor do mais fraco na relação contratual, o consumidor.<sup>166</sup>

Veja-se o posicionamento de Rogério Augusto Castelhanos Pfeiffer:

Como visto, a regra geral é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços do SFN. Haverá, no entanto, situação excepcional na qual não se dará tal incidência: a hipótese residual em que o adquirente não se encaixa na definição de consumidor. Isto ocorrerá nas situações em que empreendedor de atividade econômica adquirir o serviço bancário com o intuito direto e específico de

<sup>165</sup> "Destinatário final: (...) é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física (...) é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo, aquele que coloca um fim na cadeia de produção. (...) o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos" (MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003, p. 93).

<sup>166</sup> “Com efeito, não se pode perder de vista a matriz constitucional da proteção do consumidor, que foi inserida na Constituição Federal (art. 5.º, XXXII e art. 170, V) para equilibrar uma relação profundamente desigual entre fornecedor e consumidor. A tutela concebida pelo CDC é endereçada àquele que utiliza o produtor ou serviço para seu uso exclusivo ou familiar, sem finalidade de utilizá-lo no bojo de uma atividade com fins lucrativos. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários*. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v.10, n. 38, p. 75-121, 2007, p 85).

incrementar ou desenvolver a sua atividade empresarial, sem que esteja presente situação concreta de vulnerabilidade.<sup>167</sup>

Nesse contexto, labora a teoria finalista com razão, pois não faz sentido outorgar uma proteção especial e exuberante àqueles que utilizam o produto ou serviço como insumo lançando-o em sua atividade produtiva, e não para o consumo próprio; mesmo que seja uma empresa, visto que neste caso existe uma relação de iguais, relação esta empresarial e protegida no Código Civil e legislação empresarial extravagante<sup>168</sup>.

Não se pode esquecer que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de seus constantes julgados, conclui o assunto com a edição da súmula 297 “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Há ainda a súmula 285, que assim estabelece “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”, conquanto deve ser analisada a aplicabilidade do CDC quando efetivamente ocorrer relação de consumo, caso contrário não poderão ser observadas as normas do CDC na relação que deve ser encarada como uma relação comercial empresarial. Nesse sentido veja-se o posicionamento de José Reynaldo Peixoto Souza:

Conquanto reconhecido pela súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos bancos, é de se afirmar que tal entendimento deve ser acolhido dentro da perspectiva da relação de consumo, ou seja, quando nela o tomador de crédito utilize como “consumidor final”, destinatário final, e não quando se destinem à utilização como capital de movimento de empreendimento empresarial. Nesta perspectiva, e em se apresentando os traços de relação de consumo segundo o disposto no art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.089/90).<sup>169</sup>

A doutrina tem afirmado que com o advento do Código Civil, a teoria finalista foi reforçada, principalmente com a conceituação de empresário no artigo 966, pois considera empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” diferenciando expressamente empresário de consumidor.

Desta forma, tem-se que na teoria finalista, para ser considerado consumidor, deve o adquirente do produto ser necessariamente destinatário final econômico, ou seja, aquele que se utiliza do produto em proveito próprio, podendo naturalmente ser pessoa física ou jurídica.

---

<sup>167</sup> PFEIFFER, 2007, p.85.

<sup>168</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de créditos e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: Informação, Cooperação e Renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 11, n. 43, jul./set. 2002, p. 278-280.

<sup>169</sup> SOUZA, José Reynaldo Peixoto de. Anotações obre contratos bancários. **Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 293-305, jan/mar. 2005, p. 299.

Contrapondo a teoria finalista ou subjetiva, existe a teoria **maximalista ou objetiva**, pois afirma a ampliação do conceito de consumidor, suscitando que o CDC protege e tem aplicabilidade em todo o mercado de consumo. Veja-se a lição de Rogério Augusto Castelhanos Pfeiffer,

Os partidários desta corrente defendem a tese de que a definição de consumidor adotada pelo art. 2.º do CDC possui um conteúdo objetivo, sendo indiferente se quem consome desenvolve ou não atividade econômica lucrativa. Nesse contexto, o consumidor seria o destinatário final fático do produto ou do serviço, ou seja, aquele que o retira do mercado e o consome, ainda que no bojo de uma atividade produtiva.<sup>170</sup>

Ainda cita-se Antônio Carlos Efiging,

Já os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedor, ora de consumidores.<sup>171</sup>

A teoria maximalista encontra enorme dificuldade no campo empresarial, pois assim o CDC abarcaria todas as relações comerciais de compra e venda de produtos de empresa empresa, o que afastaria a incidência das leis comerciais empresariais, inclusive o Código Civil, tornando difícil sustentar a teoria maximalista.

Essa teoria também tem encontrado dificuldade perante os Tribunais que vêm aplicando a teoria finalista. O próprio julgamento que julgou a ADIN 2.591, em trecho da ementa, assim consignou “Consumidor, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.”

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça, durante toda a vigência do CDC, debateu-se acerca de qual teoria aplicar; contudo, nos últimos 3 (três) anos tem optado pela teoria finalista. Destaca-se o Recurso Especial adiante “Competência. Relação de consumo. Utilização de equipamento e de serviços de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito. Destinatário final inexistente” (RESP 541.867).

Contudo, tem-se que observada a condição de destinatário final do produto, conforme determina o conceito de consumidor lançado no artigo 2.º, caput do CDC, deve ser aplicado o

---

<sup>170</sup> PFEIFFER, 2007, p. 86.

<sup>171</sup> EFING, 1999, p. 46.

Código nas relações de empresa e contratos bancários de crédito, bem como ainda a incidência do CDC aos serviços bancários de modo geral, impondo às instituições financeiras o dever de informação, nos moldes da boa-fé, dar conhecimento prévio e claro dos contratos, controle das cláusulas abusivas, dentre outros consagrados direitos do consumidor e dever do fornecedor.

Ainda tem-se a análise **das normas editadas pelo Banco Central do Brasil**, que serão adiante analisadas, pois o Banco Central do Brasil considera-se o grande guardião do sistema financeiro nacional e nesse contexto está costumeiramente editando normas, por meio de resoluções e portarias, na tentativa de regulamentar o mercado financeiro, apoiado principalmente na Lei n.º 4.595, de 31.12.1964, já que a constituição, conforme apontado acima, trata da questão de forma superficial e principalmente diante da inércia do legislativo que, após decorridos mais de 20 (vinte) anos de promulgação da Constituição, ainda não regulamentou de perto o mercado financeiro brasileiro.

Entrementes, importante destacar a tramitação do Projeto de Lei “PLP 200/89”, no Congresso Nacional, mais precisamente na Câmara dos deputados, o qual visa a regulamentar o art. 192 da Constituição Federal, em substituição à lei n.º 4.595, de 31.12.1964, com destaque na proposta da lei, de independência do Banco Central, regulamentação e supervisão bancária, regulamentação bancária internacional e evolução do Banco Central, visando, sobretudo, apresentar uma lei moderna que consiga acompanhar as constantes mudanças tecnológicas e evolução do sistema financeiro nacional, basicamente com o reforço do Banco Central como instituição, conferindo-lhe plena autonomia.

Verifica-se do sítio ([www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)) do Senado Federal que o PLP 200/89 já atravessou algumas fases, contudo encontra-se praticamente parado na Câmara dos deputados, na chamada fase das audiências públicas.

No Brasil, o sistema financeiro é fortemente regulamentado pelo poder governamental, especialmente pelo Banco Central, principalmente sob a alegação de proteção da economia popular. Nesse sentido, veja-se Eduardo Lundberg:

No caso do sistema bancário e financeiro, esta preocupação da regulamentação governamental é historicamente mais acentuada, originalmente com seu foco voltado para a proteção da economia popular. Com o crescimento da importância das transações financeiras em todo o mundo, o controle governamental sobre os bancos e instituições financeiras está mais voltado para a preservação do sistema de pagamento do país e o controle da solvência e estabilidade do sistema financeiro. A

preocupação principal é com eventuais impactos negativos de insolvência bancária sobre o lado real da economia e sobre a política econômica.<sup>172</sup>

Assim, as políticas governamentais se justificam com a forte intervenção regulatória do Banco Central no sistema bancário financeiro diante do controle e necessidade de proteção à economia popular.

O sistema Financeiro Nacional, do qual é seu maior gestor o Banco Central do Brasil, subnormatiza a matéria bancária, nas palavras de Eduardo Fortuna, está assim estabelecido.

Subsistema normativo, Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Superintendência Nacional de Previdência Complementar; Subsistema de Intermediação, agentes especiais, composto de Banco do Brasil, Banco Nacional de desenvolvimento econômico e social, ainda dentro dos agentes especiais, demais instituições bancárias, não-bancárias e auxiliares, bancos comerciais e múltiplos com carteira comercial, bancos regionais de desenvolvimento, bancos cooperativos e cooperativas de crédito, Caixa Econômica Federal, Bancos Múltiplos com carteira imobiliária, Sociedade de Crédito imobiliário, Associações de poupança e empréstimos, sociedade de crédito financiamento e investimento, dentre outros.<sup>173</sup>

O sistema financeiro nacional é regido pela CMN, bem como pelo Banco Central do Brasil; embora sejam entidades distintas, muitas vezes são confundidas como entidades de mesmas funções.

Desta forma, Eduardo Fortuna esclarece que “O CMN é a entidade superior do sistema financeiro”<sup>174</sup>, enquanto “o BC é entidade criada para atuar como órgão executivo central do sistema financeiro, cabendo-lhe a responsabilidade de cumprir e fazer cumprir as disposições que regulam o funcionamento do sistema e as normas expedidas pelo CMN.”<sup>175</sup>

O sítio<sup>176</sup> do CMN fornece a competência do órgão, veja-se:

Adaptar o volume dos meios de pagamentos às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento; - Regular o valor interno da moeda, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa; - Regular o valor externo da moeda e o equilíbrio do balanço de pagamento do País; - Orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras públicas ou privadas, de forma a garantir condições favoráveis ao desenvolvimento equilibrado da economia nacional; - Propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, de forma a tornar mais eficiente o sistema de pagamentos e mobilização de recursos; - Zelar pela liquidez e pela solvência das instituições financeiras; - Coordenar as políticas monetárias, creditícia,

<sup>172</sup> LUNDBERG, Eduardo. Intervenção e liquidação extrajudicial do sistema financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74. In: SADDI, Jairo (Coord.). **Texto novo**. São Paulo: [s.n.], 1999, p. 32.

<sup>173</sup> FONTUNA, 2007, p. 18.

<sup>174</sup> Ibid., p. 19.

<sup>175</sup> Ibid., p. 20.

<sup>176</sup> Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?cmn>>. Acesso em: 04 jul. 2008.

orçamentária, fiscal e da dívida pública interna e externa; e - Estabelecer a meta de inflação.

Em relação ao Banco Central do Brasil, o seu sítio<sup>177</sup> informa a competência do Banco:

Emitir papel-moeda e moeda metálica nas condições e limites autorizadas pelo CMN; - Executar os serviços do meio circulante; - Receber os recolhimentos compulsórios dos bancos comerciais e os depósitos voluntários das instituições financeiras e bancárias que operam no País; - Realizar operações de redesconto e empréstimo às instituições financeiras dentro de um enfoque de política econômica do Governo ou como socorro a problemas de liquidez; - Regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis; - Efetuar como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais; - Emitir títulos de responsabilidade própria, de acordo com as condições estabelecidas pelo CMN; - Exercer o controle de crédito sob todas as suas formas; - Exercer a fiscalização das instituições financeiras, punindo-as quando necessário; - Autorizar o funcionamento, estabelecendo a dinâmica operacional, de todas as instituições financeiras; - Estabelecer as condições para o exercício de quaisquer cargos de direção nas instituições financeiras privadas; - Vigiar a interferência de outras empresas nos mercados financeiros de capitais; - Controlar o fluxo de capitais estrangeiros garantindo o correto funcionamento do mercado cambial, operando, inclusive, via ouro, moeda ou operações de crédito no exterior; - Determinar, via Copon, a taxa de juros de referência para as operações de um dia – a taxa Selic.

A atual estrutura do sistema financeiro nacional está regrada pela Lei n.º 4.595/64, de fortíssima influência norte-americana<sup>178</sup>, pois pretendia estabelecer no Brasil o mesmo sistema Americano, de forte controle e autonomia do sistema financeiro pelo Banco Central; contudo, no decorrer nos anos, devido à estruturação dos bancos, bem como da gigantesca inflação que assolou o País por décadas, retirou gradativamente a autonomia do Banco Central, no entanto se apresenta com forte poder de regulamentação, controle e intervenção no sistema financeiro.

A legitimidade do Banco Central para regular as questões de matéria bancária tem fundamento também na Constituição Federal, de forma expressa no art. 164, *caput*, da CF/88.

As atividades de supervisão e fiscalização das instituições financeiras bancárias, normalmente, são justificadas por políticas públicas governamentais, de proteção à economia popular, bem como para garantir a liquidez dos bancos, protegendo além da poupança e economia popular, todo o sistema bancário e por conseguinte seus clientes, não sendo difícil observar a extrapolação dos limites e funções citadas acima.

<sup>177</sup> Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 04 jul. 2008.

<sup>178</sup> “O *Federal Reserve* dos Estados Unidos da América também se posiciona no sentido de buscar meios que permitam uma maior participação do mercado na regulamentação da atividade bancária.” (LIMA, Iran Siqueira; ANDREZO, Andréa Fernandes; ANDREZO, Artur Fernandes. Regulamentação da atividade bancária e divulgação de informações: Análise comparativa das regras aplicáveis no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista de direito Bancário e do mercado de Capitais**, São Paulo, v.8, n. 30, p. 125-149, out./dez. 2005, p. 129).



Para Eros Grau, a necessidade de regulamentar de imediato a atividade bancária por meio do Banco Central, chama-se “capacidade normativa de conjuntura emergente para conferir uma resposta jurídica consentânea à existência moderna de produção imediata de textos normativos que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor. Por tal razão, tais normas são, necessariamente, geradas dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, tendendo-se assim, às demandas do sistema econômico, e provendo-se, com isso, a fluência da circulação econômica financeira.”<sup>179</sup>

Entretanto, no Brasil, a crítica que se faz em relação a esta forte presença estatal regulamentando a atividade financeira bancária, pelos órgãos competentes, não é sua regulamentação específica, mas a extrapolação de seus limites. Não é raro o Banco Central editar normas, medidas, portarias, resoluções, que regulamentam além do necessário e possível, evidenciando a usurpação legislativa do Congresso Nacional, exemplo foi o malsinado Código Bancário de Defesa do Consumidor, editado e exigido seu cumprimento pelo Banco Central do Brasil; contudo não observado pelos Bancos.

Destarte, a situação não é das melhores, pois o já mencionado PLP 200/89 tem em seu texto fortíssimo apego ao fortalecimento do Banco Central como instituição, ou seja, atribuindo-lhe grande autonomia, inclusive regulatória da atividade financeira bancária e não deixando claros os limites dessa regulação.

Todavia, não se nega a necessidade de o Banco Central ter autonomia, sendo necessário com destaque para a administrativa, jamais legislativa, devendo deixar tal função para o poder competente, o legislativo e apenas normalizar os casos de urgência.

No Brasil, forte aliado do Banco Central é o Conselho Monetário Nacional, que atua em conjunto com um pesado arsenal de funções, inclusive podendo decretar intervenção, liquidação de instituições financeiras, proceder como regulador e de administração para o sistema financeiro, com influência direta nos contratos bancários de crédito, nas palavras de Eduardo Lundberg:

- a) Licenciamento para o funcionamento das instituições financeiras, com a imposição de critérios mínimos para o ingresso nesse mercado, como capital mínimo, idoneidade e requisitos para o exercício de cargos de direção como forma de minimizar os problemas associados com empresas descapitalizadas, inidôneas ou administrações incompetentes; - b) – regras prudenciais para o funcionamento das instituições financeiras, como as de diversificação das aplicações, limites de alavancagem operacional, limitações a operações com controladores e empresas ligadas, objetivando a redução dos riscos incorridos pelas instituições financeiras; - c) supervisão e fiscalização das instituições financeiras, com poder de Polícia para

---

<sup>179</sup> GRAU, Eros. **A ordem Econômica na Constituição de 1998**. Interpretação e Crítica. São Paulo: RT, 1990, p. 170.

fazer valer as regras de funcionamento das instituições; - d) assistência financeira de liquidez (janela de redesconto), normalmente provida pelo banco central, cujo objetivo é evitar a “quebra” de instituições financeiras por dificuldade transitória de caixa; - e) mecanismos de intervenção e liquidação de instituições financeiras, como forma de sanear instituições e obrigar a saída organizada de empresa descapitalizada do mercado; e - f) mecanismos de seguro depósito, como forma de proteger os pequenos depositantes no caso de “quebra” de instituições financeiras e minimizar corridas bancárias.<sup>180</sup>

Constata-se que da competência do CMN e do Banco Central inexistente a possibilidade de taxação, ou de fixação de limites para os juros praticados nos contratos bancários, os juros remuneratórios e os juros compensatórios, bem como a limitação das tarifas bancárias, função aliás remetida ao mercado, a livre concorrência. Assim, no Brasil inexistente tabelamento de juros, taxas e serviços bancários, ficando a critério do mercado delimitar o mínimo e o máximo, cabendo ao consumidor escolher a instituição financeira que pretende contratar os serviços de créditos.

É dentro deste contexto de gestor do sistema financeiro que age o Banco Central do Brasil, bem como CMN editando normas que regulam as atividades bancárias, que em muitos casos com as suas normatizações, acabam indo além da necessidade e até usurpando a legítima competência do poder legislativo<sup>181</sup>; exemplo disso, o já citado Código de Defesa do Consumidor bancário editado pelo Banco Central do Brasil, todavia cabe ao Supremo Tribunal Federal determinar os limites da aplicação da Lei 4.595/64 ao Sistema Financeiro Nacional<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> LUNDBERG, 1999, p. 40.

<sup>181</sup> “É possível, mediante a observação da jurisprudência do STF, identificar julgamentos em que a legitimidade constitucional das funções atribuídas pela Lei 4.595/64 ao CMN e do Bacen é discutida – e os contornos e limites da sua atuação, por conseguinte, definidos” (WELWIG, Guilherme Centenário. O STF e a autoridade monetária: Como os limites e contornos de atuação do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional vêm sendo definidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 39-74, out/dez. 2007, p. 51).

<sup>182</sup> “Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa particularidade contemporânea encontrou acolhida na expressão capacidade normativa de conjuntura, cunhada por Eros Roberto Grau (...). Assentou, igualmente, que a produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não estiver relacionada a tais questões, é abusiva, consubstanciando afronta ao princípio constitucional da legalidade”. (Ibid., p. 73-74).

## 2.2 CONTRATOS BANCÁRIOS E TEORIA DO CRÉDITO

Não existe dúvida quanto à importância dos contratos bancários de créditos e sua necessidade em uma economia de mercado, valorizando a atividade bancária e seus reflexos na sociedade em que está inserida.

Desta forma, para melhor ser compreendido o tema, necessário demonstrar que o contrato bancário de crédito é uma das atividades bancárias. Nesse contexto, cita-se Arnaldo Rizzardo:

A atividade principal dos bancos se desenvolve nas chamadas operações bancárias, consistentes em conceder empréstimos, receber valores em depósito, descontar e redescotar títulos, abrir créditos, enfim, na realização da série de atos próprios para a consecução de sua finalidade econômica.

(...)

Dois aspectos salientam-se: o econômico e o jurídico. Econômico, porque a operação bancária presta serviços no setor creditício, com proveito para o próprio banco e o cliente. Jurídico, por depender, para se ultimar, de um acordo de vontades, o que a classifica como um verdadeiro contrato.<sup>183</sup>

Verifica-se que o contrato concretiza a operação bancária entre banco e cliente, comportando direitos e obrigações de ambos os contratantes, tendo como objeto o crédito. Conceituando crédito cita-se Arnaldo Rizzardo, “O crédito é definido como toda a operação monetária pela qual se realiza uma prestação contra a promessa de uma prestação futura. Marca o crédito, por conseguinte, a existência de um intervalo de tempo entre uma prestação e uma contraprestação correspondente.”<sup>184 185</sup>

Na relação banco cliente, na concessão de crédito, atualmente a confiança tem sido pouco praticada e verificada muito mais a capacidade de pagamento do tomador do empréstimo para sua concessão, o que é uma garantia para a instituição financeira no recebimento futuro do valor e juros do que foi emprestado, vinculando quase sempre a concessão do crédito ao fornecimento de uma garantia, assim, não se pode negar a

---

<sup>183</sup> RIZZARDO, 2000, p. 17.

<sup>184</sup> Ibid., p. 19.

<sup>185</sup> Ainda cita-se “A palavra “crédito vem do latim *creditus, creditum*, que significa “crença”, “confiança”, no sentido de simplesmente “acreditar”. Trata-se de um atributo outorgado a alguém que em geral é dele merecedor e cuja qualidade da reputação ou caráter pairam acima de qualquer dúvida, permitindo que outro nele confie. Não é exatamente uma virtude (se bem que quem o possui pode até se achar virtuoso), mas podemos dizer que crédito, neste sentido mais amplo, pela confiança alimentada pelas qualidades de uma pessoa ou entidade, traduzida pela segurança de que aleguem é ou será capaz de corresponder à expectativa originalmente formulada. O sentido de crédito como reserva moral de confiabilidade formulada conferida a alguém é o uso que de deu à expressão desde sempre.” (SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**. Uma Análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 33).

importância do crédito bancário no fomento da atividade empresarial e a parceria firmada entre o banco e a empresa, instrumentalizando desta forma princípios básicos da teoria do crédito.

### **2.2.1 Equilíbrio contratual**

Para tentar trabalhar com o equilíbrio contratual do contrato de crédito bancário é necessário demonstrar sua natureza, conquanto já se apura, conforme inclusive apontado acima, seu caráter adesivo e massificado.

O contrato de crédito embora pareça ser simples não o é, pois atualmente além dos aspectos tradicionais de direito tais como objeto (crédito), partes contratantes, bem como cláusulas em geral, verifica-se uma gama de outros fatores da formação do contrato de crédito bancário tornando-o complexo.

Além do que, o contrato de crédito está inserido em um complexo sistema jurídico de incidência da Constituição da República, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, leis específicas, normas e regras editadas e atualizadas constantemente pelo Banco Central do Brasil, assim complicam e especializam o contrato bancário de crédito, inserindo-o em um contexto de complexidade e exclusividade.

O crédito como escopo dos contratos bancários de créditos tem se afirmado em diversas modalidades de operações bancárias. Verifica-se que as mais comuns são o empréstimo, a abertura de conta corrente, a abertura de crédito em conta corrente, a antecipação bancária, o desconto bancário e a própria concessão de crédito, crédito documentado ou documentário, crédito imobiliário, crédito rural, crédito comercial, crédito industrial, crédito à exportação, cédula de crédito bancário, crédito bancário com alienação fiduciária, crédito estudantil e outros. Neste sentido, cita-se Arnaldo Rizzardo:

O empréstimo é a figura mais típica dentre os contratos de crédito. Equivale à entrega pelo prestamista de certos bens ao prestatário, com a transferência da propriedade, obrigando-se o último a uma prestação futura de ressarcimento ou restituição do valor equivalente.

(...)

Um segundo tipo vem a ser a abertura de crédito, de grande freqüência, através do qual o interessado convencionou com o banco a concessão de um crédito para daí a certo tempo, ou para determinada ocasião, a fim de atender uma necessidade já prevista, ou efetuar os pagamentos programados.

A própria conta corrente bancária, pelo qual o banco se obriga a realizar por conta do cliente todas as operações inerentes ao serviço de caixa, contabilizando pontual e sistematicamente os ingressos e as saídas de fundos, representa uma forma de empréstimo ou concessão de crédito, se estabelecido um limite negativo dentro do qual podem ser retiradas importâncias.

A antecipação bancária constitui uma operação pela qual o banco antecipa fundos a um empresário, contra prévias garantias em títulos, mercadorias ou documentos representativos destas. Cuida-se, pois, de uma concessão de crédito.

O desconto bancário revela a entrega de um certo numerário a um cliente, mediante o recebimento de um título representativo de um crédito que aquele tem a receber. (...) A concessão de crédito, portanto, envolve múltiplas formas, que em última análise se resumem no mútuo, cujas regras se aplicam a todos os tipos.<sup>186</sup>

Ademais, pode se dizer que o contrato de crédito tem se tornado massificado e adesivo, o que dificulta a discussão em sua pactuação, (podendo ser inclusive celebrado mediante internet, caixa eletrônico, disponibilidade sem qualquer discussão) tornando evidente o seu caráter uniforme. Nesse sentido, é a lição de Arnaldo Rizzardo, “É a operação bancária uma atividade em série, de massa, com um numerário indeterminado de pessoas, segundo tipos negociais standardizados, obedecendo todos às chamadas normas bancárias uniformes”<sup>187</sup>.

Deve também ser observado dentro deste contexto, até mesmo, o uso e costumes praticados pelas instituições financeiras no momento e execução dos contratos bancários de créditos, na posição de José Reynaldo Peixoto de Souza.

Quanto à disciplina dos contratos por eles celebrados, aponta que não somente as regras do direito comercial e outras especiais se aplicam, remetendo-se em alguns casos à convenção das partes, aos estatutos ou regulamentos dos institutos bancários, como nos depósitos, e ainda se remete aos usos e costumes dos banqueiros (caso, p. ex. do cheque visado).<sup>188</sup>

Evidente que o contrato bancário de crédito é um contrato atípico, embora algumas modalidades de contrato bancário de créditos tenham legislação específica aplicável ao contrato, estes com expressa determinação legal podem ser reconhecidos como típicos.

A natureza dos contratos de créditos reflete naturalmente o contexto em que está inserida, sendo que na grande maioria os contratos de créditos são de adesão, sendo poucos os contratos de créditos em que ocorre discussão de cláusulas, garantias, juros, taxas, salvo em contratos em que os valores envolvidos são vultuosos.

Assim, os contratos de créditos têm natureza de contratos de adesão e massificados. Nesse sentido, veja-se o posicionamento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

<sup>186</sup> RIZZARDO, 2000, p. 19-20.

<sup>187</sup> Ibid., p. 17

<sup>188</sup> SOUZA, 2005, p. 297.

Contrato de adesão. Muito raramente, os contratos bancários são negociados. Na grande maioria das vezes, celebram-se mediante a adesão do cliente (aderente) às condições gerais do negócio, estipulados pelo estabelecimento financeiro. A massividade da atuação do banco, a obediência a instruções e regulamentos governamentais, as condições próprias do mercado financeiro, a exigir tratamento equivalente entre as operações ativas e passivas, tudo leva à adoção de contrato padrão para os diversos tipos de negócio, que não se distinguem muito de um para outro estabelecimento.

(...)

A posição do fornecedor do crédito, prestador do dinheiro, é mais forte do que a do prestatário, sendo aquele o sólido detentor do capital e do crédito, mola mestra da atividade econômica, e este o que necessita, com intensidade e urgência, da obtenção do crédito e da disponibilidade do numerário. Normalmente, essa posição de supremacia se reflete no conteúdo do contrato. Por isso deve ser reconhecida a preponderância da parte que estipula as condições a serem aceitas pela outra sem discussão.<sup>189</sup>

E também é o posicionamento de Arnaldo Rizzardo, veja-se:

Não há dúvida que os diversos tipos de contratos de crédito bancário refletem a natureza, em todos os aspectos, de contratos de adesão.

Os instrumentos são previamente impressos e uniformes para todos os clientes, deixando apenas alguns claros para o preenchimento, destinados ao nome, à fixação do prazo, do valor mutuado, dos juros, das comissões e penalidades.

(...)

Pode-se aduzir que o cliente não contratou, não expressou a aceitação, mas simplesmente aderiu e submeteu-se a determinado padrão de regras.<sup>190</sup>

Desta forma, para ocorrer o equilíbrio dos contratantes na relação contratual do contrato de crédito, diante da expressa natureza jurídica de adesão e de massividade dos contratos de crédito bancário, deve ser aplicado o CDC na relação, nos casos em que restar evidenciada a relação de consumo, uma vez que na formação do contrato não ocorre qualquer discussão de cláusulas e condições do pacto pendendo o pêndulo para o banco; entretanto, com a aplicação do CDC, equilibra as partes, em eventual discussão, visto que a proteção agora é do consumidor.

Impondo também o equilíbrio nas obrigações dos contratos bancários de créditos está o Código Civil, que de forma categórica estabelece em seu artigo 421 e 422 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, e que os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Desse modo, o equilíbrio contratual, nos contratos bancários de crédito, passa pela função social do contrato, bem como pela boa-fé objetiva.

<sup>189</sup> AGUIAR JUNIOR, 2003, p. 21

<sup>190</sup> RIZZARDO, 2000, p. 25

Conforme já apontado, o contrato bancário de crédito tem como característica sua adesividade, (adesão), bem como massificação, assim há que se observar o disposto no art. 423 “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, que inclusive encontra amparo no CDC, no artigo 47, que dispõe “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

Ainda o artigo 424 do CC/2002 fulmina de nulidade os contratos de adesão, em que existem cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, que tem igual proteção no artigo 51 do CDC.

Assim, o Código Civil de 2002 apresenta regras claras e objetivas de aplicação aos contratos, de massa e de adesão, abrangendo naturalmente os contratos bancários de créditos que se apresentam adesivos e massificados, que socorrem o aderente, para tornar o pacto equilibrado, independente da aplicação do CDC, mais nas relações empresariais.

No contrato de crédito, no caso da empresa, em que tenha sido observado o adequado comprometimento do faturamento mensal do devedor e desde que a taxa de juros tenha sido fixada de acordo com os parâmetros do mercado, bem como o devedor tenha ciência plena da taxa de juros que lhe irá onerar, reservando-se a importância necessária, a operação de crédito poderá ser equilibrada, em condições de assegurar o cumprimento do contrato e diante da observação pelos contratantes da boa-fé e da função social.

### 2.3 REGIME DAS GARANTIAS NO CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO

Observa-se que nos contratos bancários de crédito aplicam-se as garantias reais e fidejussórias, o aval, a fiança, a hipoteca, o penhor, a alienação fiduciária serão analisados consubstanciados, principalmente em uma análise crítica dos institutos em sua utilização empresarial, bem como da jurisprudência dos tribunais às garantias do contrato bancário de crédito.

As garantias oferecidas pelo tomador de crédito bancário atuam diminuindo a taxa de juro praticada pelas instituições financeiras e atuam de forma a dar maior garantia no recebimento do crédito ao banco, diante de eventual inadimplência do tomador.

Destarte o patrimônio do devedor é que garante a obrigação em caso de inadimplência e neste contexto que atuam as garantias, assim cita-se a lição de Pedro Romano Martinez e

Pedro Fuzeta da Ponte, “através das garantias especiais a lei permite que o credor, em princípio por via negocial e neste contexto são estes os casos que mais nos interessam, coloque-se numa situação privilegiada em relação aos demais credores”<sup>191</sup>

Assim nos contratos de créditos a garantias podem ser reais ou fidejussórias.

### 2.3.1 Garantia fidejussória

A garantia fidejussória é oposta da garantia real, pois a primeira trata de garantia pessoal (exemplos o aval, fiança), ao contrário da segunda que necessita de um bem para ser instrumentalizada. Diante da segurança maior fornecida à garantia real é a mais utilizada pelas instituições financeiras,

Assim, na garantia fidejussória o garantidor compromete-se pessoalmente a cumprir a obrigação em caso de insolvência do devedor, ou seja, assume o dever de cumprir a obrigação contraída por contrato, veja-se o posicionamento de Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, “As garantias pessoais implicam que, para além do património do devedor, exista o património de um terceiro responsabilizado pelo pagamento da mesma dívida”<sup>192</sup>

Nos contratos bancários de créditos a garantia fidejussória de maior importância e uso, sem sombra de dúvida, é o aval, uma vez que a fiança se presta com maior frequência a tutelar relações contratuais de locação.

#### 2.3.1.1 Do aval

O aval é uma importante garantia pessoal de pagamento de título de crédito; percebe-se que o aval só pode ser prestado em títulos de créditos, logo é um instituto exclusivo do direito cambiário, bastante utilizado nos contratos bancários de créditos, neste contexto cita-se a lição de Mauro Delphim de Moraes, veja-se:

---

<sup>191</sup> MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. **Garantias de cumprimento**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 25.

<sup>192</sup> Ibid., p. 29.



O aval é uma garantia *sui generis* que mais se refere ao título do que a pessoa avalizada da qual, de certo modo, faz abstração. É uma instituição de direito cambial, que tem por objetivo garantir o pagamento de título de crédito cambiário, e dos cambiariformes assimiladas aos cambiais. (...) O aval é a obrigação cambial, formal e substancialmente independente de qualquer outra; sua garantia é dada objetivamente à cambial e não a qualquer pessoa determinada<sup>193</sup>

Assim, o aval tem sido usado há muito no sentido de instrumentalizar com agilidade e rapidez a circulação dos títulos de créditos, fomentando a economia e fazendo com que a riqueza circule.

O aval, embora seja um instituto jurídico de extrema importância para o direito empresarial e para a sociedade como um todo, tem se demonstrado singelo em sua instrumentalização. Visto que não demanda maiores formalidades, pode ser lavrado no verso ou no anverso do próprio título de crédito, bastando para validar o aval a assinatura do oponente, podendo até constar o termo “avalizado”.

Entretanto, atualmente, as instituições financeiras tem utilizado-se de contratos elaborados, contudo exigindo a garantia do devedor, sem entretanto mencionar o termo aval, disfarçando para outros nomes, como por exemplo, devedor solidário, garantidor devedor, com a mesma finalidade que o aval, pois por não se tratar de aval, não precisa da outorga uxória, uma exigência do atual código civil.

O aval é uma Instituição de direito cambial, que tem por finalidade garantir o pagamento da letra de câmbio e da nota promissória, assim como outros títulos (cheques e duplicatas) em parte assimiladas aos cambiais.<sup>194</sup>

É de uso comum nos contratos bancários, via de regra, as partes deixarem assinado como garantia ao contrato celebrado nota promissória. Assim, o avalista pode assinar a nota promissória, bem como o contrato firmado, sendo devedor solidário, tanto no contrato como na nota promissória assinada em garantia perante o banco.

Observa-se ainda que o aval é uma garantia pessoal e unicamente cambiária, com natureza comercial, distinguindo-se assim da fiança que, embora de natureza pessoal, tem natureza civil.

Diante de sua simplicidade, o aval tem algumas vantagens e desvantagens, sobretudo, vantagens diante da solidariedade com que vincula o devedor e o avalista. “Vantagens: - Não há custo algum; - Não há necessidade de se executar primeiro o devedor originário, podendo-

---

<sup>193</sup> MORAES, Mauro Delphim de. A cessão de crédito. O título de crédito. O endosso. O aval. Factoring e regresso. In: PEREIRA JR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

<sup>194</sup> BORGES, João Eunápio. **Do Aval**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1975, p. 15.

se executar diretamente o avalista, já que é solidário por lei: - Desvantagens: - só há avalista para títulos de créditos.”<sup>195</sup>

Destaca-se ainda que por se tratar de garantia pessoal, deve o credor verificar se o avalista tem condições financeiras (bens) para suportar eventual inadimplência do devedor principal e uma execução judicial para não perder a finalidade da garantia.

O atual Código Civil brasileiro apresentou obrigatoriedade de autorização do cônjuge para validar o aval, o que, de certa forma, dificulta a prática do instituto no meio empresarial, diante da dificuldade para instrumentalizar a assinatura do cônjuge em relação de empresa, o qual muitas vezes está alheio da atividade empresarial.

A exigência está estampada no artigo 1647. “Ressalvando o disposto no art. 1648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: (...) III – Prestar fiança ou aval.”

Esta exigência foi formalizada pelo atual Código Civil, uma vez que o antigo Código Civil não trazia a obrigatoriedade do cônjuge de outorgar a assinatura no aval.

Destarte ser o aval diverso da fiança, são institutos jurídicos distintos e diferentes; assim, a regulamentação acima considerando ser institutos iguais, o fez de forma errada, pois o aval é um instituto do direito empresarial (cambial), ao passo que a fiança do direito civil, aplicado normalmente entre particulares, afastado do direito empresarial.

Sendo o aval um instituto de proteção do credor cambiário, sua utilização é corriqueira no mundo empresarial; entretantes, com a exigência de outorga do cônjuge, o instituto perde bastante de sua mobilidade e muitas vezes inviabiliza negócios empresariais. Conforme já dito, atualmente as instituições financeiras vêm trocando a denominação de aval por outras para evitar a exigência.

Observa-se que antes da exigência operada pelo Código Civil atual o cônjuge que não participava do negócio jurídico celebrado, e não precisava, visto não ocorrer a necessidade legal, tinha a proteção da jurisprudência a qual reservava a meação do bem de família ao cônjuge não outorgante do aval<sup>196</sup>.

Esse entendimento jurisprudencial majoritário perdurou apenas até a entrada do atual Código Civil, em que o Codex passou a exigir a outorga do cônjuge para a celebração do aval.

---

<sup>195</sup> PAESANI, Líliliana Minardi; VEIGA, Elisa Yamasak. **Aplicação do Novo Código Civil nos Contratos Empresariais**. São Paulo: Manole, 2004, p. 228

<sup>196</sup> “I - A meação da mulher casada não responde pela dívida do marido, exceto quando em benefício da família. II - É da mulher o ônus de provar que dívida contraída pelo marido não veio em benefício do casal. III - Em se tratando de aval do marido, presume-se o prejuízo da mulher, salvo se o marido for sócio da empresa avalizada, como na espécie”. Ac. 4ª Turma - STJ, Resp. 346.995-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.06.02.”

Assim, diante da ausência da outorga do cônjuge para a celebração do aval, torna-se nulo ou anulável, todavia a obrigatoriedade da outorga do cônjuge para a sua validade torna disponível todo o patrimônio do casal para a garantia da dívida assegurada,

Desta forma, necessário ponderar a existência atualmente do crescimento do uso de outros tipos de garantias pessoais, que não necessitam expressamente da outorga do cônjuge, entretanto com a mesma finalidade do aval, mudando apenas o nome da garantia, tais como co-devedor, interveniente devedor, garantidor solidário, devedor solidário, muito utilizado pelos bancos.

Atualmente, tem-se entendido que no caso de ausência da assinatura do cônjuge o negócio é anulável, tornando assim a meação do cônjuge que não outorgou sua autorização segura; entretanto, pode ser encontrado entendimento em contrário no sentido de que a garantia é nula.

#### 2.3.1.2 Da fiança

A fiança é uma garantia pessoal, podendo ser prestada pelo devedor ou por terceira pessoa, precisando da outorga do cônjuge, conforme determina do artigo 1647 do CC/2002, consoante inclusive já restou apontado acima, podendo ser firmada nos contratos de crédito bancário, conquanto tenha seu uso com maior frequência nos contratos de locação.

Gildo dos Santos apresenta o conceito de fiança no atual Código Civil; em seu artigo 818, “in albis”, “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso esta não a cumpra.”<sup>197</sup>

Observa-se novamente que ao contrário do aval, a fiança sempre exigiu a autorização do cônjuge para a sua assinatura, bem como não admite outra forma, senão a escrita.

Ademais, deve o credor ao exigir a fiança observar as condições financeiras do fiador, principalmente a sua solvência, sob pena de na prática inviabilizar a garantia, visto tratar-se de garantia pessoal.

Em relação a fiança a maior discussão travada nos tribunais, diz respeito da penhorabilidade ou da impenhorabilidade do bem de família do fiador, mas travada via de

---

<sup>197</sup> SANTOS, Gildo dos. **Fiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

regra não nos contratos bancários de créditos, mas sim nos contratos de locação, o que foge do tema central do presente trabalho.

Por outro lado a fiança e o aval, conforme já apontado acima são institutos bastantes parecidos de garantia pessoal e sendo a fiança de pouco uso nos contratos bancários de créditos o presente trabalho deixa de se aprofundar no tema.

### 2.3.2 Direitos reais de garantia

Os direitos reais de garantia no atual Código Civil estão regulados a partir do artigo 1419. “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

Constituem, portanto, os direitos reais de garantia das obrigações: O penhor, a hipoteca e a anticrese, sendo que serão adiante abordados de forma detalhada o penhor e a hipoteca, que são mais utilizados nos contratos bancários de crédito.

Importante observar que o Código Civil determina algumas cláusulas obrigatórias nos contratos que estabelecem algum direito real de garantia, devendo declarar expressamente, sob pena de não terem eficácia: “I- o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo; II- o prazo fixado para pagamento; III- a taxa dos juros, se houver; IV- o bem dado em garantia com as suas especificações”. Estas determinações consagram o princípio da especialização dos direitos reais em garantia.

Ademais, os direitos reais de garantia, como o próprio nome já define, têm por finalidade precípua, conferir ao seu titular (normalmente o credor) o poder de obter o recebimento de uma dívida com a garantia fornecida, caso o devedor não a honre, por possuir a garantia (normalmente um bem do devedor), no recebimento do crédito.

Observa-se que atualmente não é simples a tarefa de fornecer um conceito de direitos reais de garantia; assim, vale-se da lição de Orlando Gomes: “Direito real de garantia é o que confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação”<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 378.

Diante do conceito lançado acima, a principal característica e objetivo do direito real de garantia é conferir ao credor a garantia do recebimento do seu crédito, inclusive de forma preferencial.

Alguns princípios são observados e inerentes ao direito real de garantia. Nesse contexto, destacam-se os princípios da especialidade, da transmissibilidade, da elasticidade, da tipicidade, da publicidade, da consensualidade.

É bastante evidente que os direitos reais de garantia, como o próprio nome já diz, têm a natureza eminentemente de garantia do credor, perante eventual insolvência do devedor, por isso são de uso comum nos contratos bancários de créditos, visando à proteção do credor.

### 2.3.2.1 Da hipoteca

A hipoteca é uma das garantias reais mais utilizadas atualmente pelos bancos nos contratos de créditos bancários, pela sua solidez, (existem, contudo, exceções que serão adiante analisadas), bem como pela segurança jurídica que fornece ao credor, pois recai na maioria das vezes sob bem imóvel, (existe hipoteca sob bens imóveis, navios, aviões).

Ademais, não se pode esquecer os pontos fracos da hipoteca, as próprias exceções aos direitos de preferência que atualmente superam a hipoteca, conforme será adiante analisado. Também, é reconhecidamente uma garantia que exige um custo elevado para ser instituída, principalmente as despesas de registro em cartório; que, nos contratos bancários é sempre custeada pelo tomador do empréstimo, bem como por recair sob bem imóvel sujeita-se às oscilações de preço e mercado imobiliário, nesse sentido veja-se, “hipoteca – Pontos fortes: É uma garantia sólida, observadas as exceções; Pontos fracos: É cara, é demorada, sujeita-se às oscilações de preço e mercado”<sup>199</sup>

Não se pode olvidar que a hipoteca seja uma garantia segura, porém cabe ao credor ficar atento às oscilações financeiras do devedor ou do garantidor, para não restar uma garantia “vazia”, ou inócua, quando de eventual execução hipotecária.

Orlando Gomes apresenta o conceito de hipoteca, “A hipoteca é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao

---

<sup>199</sup> PAESANI; VEIGA, 2004, p. 202.

credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida.”<sup>200</sup> Ainda na lição de Georges Ribet e Jean Boulanger, veja-se:

La hipoteca constituye, como la prenda, un derecho real a favor del acreedor; pero no exige la desposesión del deudor propietario del bien hipotecado. Por lo tanto, no há podido ser imaginada sino cuando se há afirmado una concepción jurídica suficientemente perfeccionada del derecho real como para admitir la existencia del derecho sin la tenencia material de la cosa. Una vez afirmada esta idea, fue muy natural concebir que la hipoteca comportase naturalmente um derecho de persecucion contra todo detentador de la cosa hipotecada y pareció por eso ismo como la mееjor forma de garantia real.<sup>201</sup>

Deve-se observar ainda que para a hipoteca ocorre a obrigatoriedade de sua publicidade operada pela oneração do registro de imóvel na circunscrição imobiliária competente, nos casos dos bens imóveis, sendo que para as hipotecas especiais, adotam sistema próprio para tanto, prevalecendo assim característica da hipoteca a sua publicidade, principalmente para operar efeitos frente a terceiros, sendo nula a hipoteca não registrada no registro de imóvel.

A hipoteca é um negócio vantajoso para o País diante do fomento que realiza no incentivo à habitação, sendo também de extrema proficuidade para as partes contratantes, uma vez que garante o credor, (salvo as exceções, que serão adiante abordadas), bem como dá oportunidade ao devedor para o pagamento de sua dívida (normalmente para a aquisição de um bem imóvel, (talvez a casa própria), prazo bastante longo, podendo chegar até 30 (trinta) anos, para proceder ao pagamento da dívida do financiamento.

A hipoteca sempre foi uma das garantias reais mais robustas e sólidas, todavia nos dias atuais, tem sofrido, diante das exceções legais e das construídas pela jurisprudência, abalando a robustez da hipoteca e todo o sistema de garantias reais.

O crédito trabalhista é o primeiro a superar a hipoteca, pois dentro do direito de preferência, pela determinação do artigo 83, da atual Lei de falências<sup>202</sup>, bem como pela

---

<sup>200</sup> GOMES, 2005, p. 411.

<sup>201</sup> RIBERT, Georges; BOULANGER, JEAN. **Tratado de Derecho Civil**. Buenos Aires: La Lei, 1987, p. 49.

<sup>202</sup> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedecerá à seguinte ordem:

I - os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a cento e cinquenta salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III - créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV - créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

própria jurisprudência trabalhista<sup>203</sup>, vem de forma reiterada no sentido de aquilatar como de preferência o crédito trabalhista à hipoteca.

Destarte tal exceção é suficiente para abalar a robustez da hipoteca, na relação credor/devedor, todavia, não é tudo, pois o Código Tributário Nacional também reconhece o crédito tributário como crédito de preferência sob qualquer outro, o que vem estampado nos artigos 184 ao 187, sendo específico no artigo 186, literalmente:

art. 186. O crédito tributário prefere qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

art. 187. A cobrança judicial de crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento.

Aliás, o atual Código Civil brasileiro consagrou o disposto no CTN, ao estabelecer no artigo 1.422, em seu parágrafo único: “executam-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos”.

---

V - créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI - créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I.

VII - as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII - créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1º Para os fins do inciso II, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

<sup>203</sup> “Não obstante o terceiro embargante tentar desviar o foco da questão da impenhorabilidade de imóvel rural gravado com ônus hipotecário para a alegação de preferência de crédito derivado de contratos de câmbio celebrados com a empresa executada e garantidos por bens de seus sócios, verifica-se, todavia, que a matéria em debate diz respeito à possibilidade de penhora na execução trabalhista de imóvel garantido por cédula rural hipotecária, no que o acórdão recorrido, devidamente fundamentado, encontra-se em sintonia com a diretriz da Orientação Jurisprudencial nº 226 da SDI-1 deste Tribunal Superior. 2. Na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, na execução trabalhista, não viola o artigo 5º, inciso XXXVI, da CF, a penhora que recai sobre bem vinculado a cédula rural hipotecária, dada a preferência do crédito exequendo em relação à garantia real dada ao credor hipotecário.” AIRR - 1317/2002-058-15-40 Relator – JCWOC DJ - 04/05/2007. - “Processual civil. Concurso de credores. Arrematação do bem penhorado pelo próprio credor trabalhista. Preferência sobre os demais créditos. Dispensa de exibir o preço nos termos do art. 690, § 2º, do CPC.” Resp. n. 687.686-SC(2004/0098711-2). R Luiz Fux. Data da decisão: 01.09.2005.

A jurisprudência<sup>204</sup> tem inclusive ratificado nos termos dos artigos 184 ao 187 do CTN.

Corroborando com o posicionamento acima, cita-se o seguinte argumento:

a) - O credor poderá perder a hipoteca caso o imóvel seja penhorado por outro credor em ação de execução diversa e o credor hipotecário não exerça o seu direito de preferência na execução. Recomenda-se, portanto, que a hipoteca tenha uma cláusula em que a obrigação se vence antecipadamente no caso de constrição do bem dado em garantia.

b) – O credor hipotecário, sindicatos e governo enfrentam nos tribunais uma árdua discussão a respeito dos credores privilegiados, ou seja: quando da falência de uma empresa, ao amealhar todo o patrimônio, o produto deste será distribuído na seguinte escala de prioridade/preferência; credores trabalhistas/funcionários, créditos previdenciários, créditos tributários, credores hipotecários e, por último, os quirografários. Portanto, ao se obter uma hipoteca de uma pessoa jurídica, há a possibilidade de a Fazenda vir a lhe tomar a hipoteca, ainda que a hipoteca tenha sido constituída muito antes da falência. A fazenda tem invocado o disposto no art. 186 do Código Tributário Nacional. “o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho” e o no art. 187: “a cobrança judicial de crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento”. Esse entendimento foi referendado pelo art. 1.422 do novo Código Civil, que, em seu parágrafo único, afastou toda e qualquer dúvida a respeito da relativa segurança que a hipoteca proporcionava aos seus credores: “executam-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas, que em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos”. Diante disso, é importantíssimo que as empresas credoras tenham monitoramento próximo da vida econômica das empresas que gozam de créditos, de modo que, uma vez detectado qualquer problema, o nível de crédito seja rebaixado a patamares seguros, já que a hipoteca que supostamente era sinônimo de segurança, não mais será frente aos demais débitos privilegiados. Esse cuidado também se estende aos sócios das empresas que ofereceram bens pessoais em garantia uma vez que os bens dos sócios e administradores podem vir a ser considerados indisponíveis até que sejam esclarecidas as causas da falência da empresa que era responsável pela gestão.<sup>205</sup>

Aliado a tudo isto, encontra-se atualmente a realização de uma “releitura” dos direitos reais de garantia, frente principalmente à dignidade da pessoa humana, que poderá inclusive suplantar os direitos reais de garantia, caso colidam, o que no caso em tela é ruim para os bancos, que atualmente têm preferido a lei de alienação fiduciária em garantia de imóveis à hipoteca.

Observa-se que outrora a hipoteca foi considerada uma garantia robusta e inabalável e diante destas condições operou no direito com grande frequência nos contratos bancários de créditos com fomento à atividade imobiliária, fazendo com que os bancos repassem valores

---

<sup>204</sup> “Crédito fiscal. Preferência sobre crédito hipotecário e pignoratício. Aplicação dos arts. 184 e 186 do Código Tributário Nacional. Ainda que constituídos, anteriormente, a hipótese e o penhor. Agravo não provido (AG 531189 RS) – Ainda: Executivo fiscal, penhora de bens dados em hipoteca à Caixa Econômica Federal, respondem eles pela dívida fiscal nos termos do art. 184 do CTN”. (RE 80271).

<sup>205</sup> PAESANI; VEIGA, 2004, p. 202-204.



não só às construtoras para a construção de prédios, com garantia hipotecária o próprio prédio, bem como aos consumidores para a aquisição da unidade imobiliária também com garantia hipotecária.

Contudo, conforme demonstrado acima com a relativização do direito hipotecário absoluto, pelo direito trabalhista, direito tributário e direito falimentar, a hipoteca deixou de ser uma garantia absoluta e gradativamente vem sendo deixada de lado, com uso agora freqüente da alienação fiduciária imobiliária, que passou a ser uma garantia de maior robustez principalmente pela sua rápida execução extrajudicial.

Assim, atualmente o fomento do mercado imobiliário, para a aquisição de unidades residenciais usa com maior freqüência o instituto da alienação fiduciária imobiliária em detrimento da hipoteca.

Por fim, observa-se que a hipoteca pode ser executada na justiça mediante a execução hipotecária, equiparando-se a execução de título extrajudicial, ou mediante execução extrajudicial, que é regida por lei especial, (dec. Lei n.º 70, de 21.12.1966, bem como Lei n.º 5.741, de 01.12.1971), que permite a execução de créditos hipotecários por via extrajudicial. Este sistema, embora sofra até os dias atuais ataques de inconstitucionalidade, o que se tem é que o judiciário o confirmou como legal e constitucional<sup>206</sup>.

### 2.3.2.2 Da alienação fiduciária

Tendo o penhor algumas particularidades com a alienação fiduciária, serão feitas no presente tópico algumas observações acerca do penhor.

Assim, o penhor e a alienação fiduciária são institutos jurídicos, de direitos reais de garantia, com suas particularidades e generalidades, são importantes institutos jurídicos,

---

<sup>206</sup> “(...) 1. (...). 2. (...) 3. (...). 4. (...). 5. (...) 6. A violação dos princípios do devido processo legal e do contraditório (por afronta aos arts. 31 e 32 do Decreto-Lei nº 70/66), acerca da aferição da adjudicação do imóvel, é tema de cunho eminentemente constitucional, cuja competência escapa desta Corte Especial por força do art. 105, III, da Carta Magna de 1988, que reserva ao STJ a função de intérprete da legislação infra-constitucional (precedente: REsp 485.253 - RS, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 18 de abril de 2005). 7. Tratando-se de hipoteca constituída no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, e atuando as instituições elencadas no inciso II do art. 30, do Decreto-Lei 70/66, como mandatárias do Banco Nacional da Habitação, fica dispensada a escolha do agente fiduciário de comum acordo entre o credor e o devedor, ainda que haja expressa previsão contratual. 8. In casu, a Caixa Econômica Federal - CEF elegeu a APEMAT - Crédito Imobiliário S/A como agente fiduciário porquanto sucessora do extinto Banco Nacional da Habitação (fl. 110), não havendo se falar em maltrato à norma infra-constitucional. 9. Recurso Especial conhecido parcialmente e, nessa parte, desprovido”. (REsp 867.809/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.ª Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 05.03.2007 p. 265).

bastante utilizados, principalmente se for analisado o grande crescimento da concessão de crédito pessoal no Brasil, fazendo com que grande parte dos contratos de financiamento de veículos automotor sejam firmados sob a égide do instituto da alienação fiduciária.

Destarte, o penhor e alienação fiduciária servem em particular às instituições financeiras, que pretendem a concessão de crédito pessoal a pessoa física ou jurídica, entrementes com linhas de créditos de baixo valor, para a compra de veículo (alienação fiduciária e imobiliária) e para aquisição de dinheiro em espécie (penhor).

Assim, não é bastante dizer que o penhor e a alienação fiduciária possuem significativa importância no fomento do crédito pessoal no País nos dias atuais, sendo típicas garantias dos contratos de créditos.

O penhor, por ter seu campo de incidência bastante reduzido na relação contratual bancária especialmente empresarial, será analisado apenas a condição de depositário, adiante em conjunto com a alienação fiduciária, seguindo a análise de perto da alienação fiduciária.

O instituto da alienação fiduciária, conquanto seja citado pelos doutrinadores, no direito romano, o seu surgimento, passou a ser usado com mais frequência nos dias atuais, como o grande financiador atual dos contratos de créditos para a aquisição de veículo automotor.

Além disso, atualmente, tem uso rotineiro, por tratar-se de instituto jurídico que fornece diante do sistema jurídico pátrio, fundamental segurança jurídica ao credor, no recebimento da dívida ou resgate do bem dado em garantia.

A alienação fiduciária, nos moldes como se conhece é recente no meio jurídico; é introduzida com uma função nobre de fomentar a economia, e assim atua, visto que incentiva a concessão do crédito, pela segurança que concede ao credor no seu recebimento, bem como na busca do bem dado em garantia.

A alienação fiduciária em garantia pode ser conceituada, de acordo com Waldirio Bulgarelli, como “o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la.”<sup>207</sup>

Atualmente, no sistema jurídico brasileiro, existem duas espécies de alienação fiduciária: A alienação fiduciária imobiliária, Lei n.º 9.524/1997 e a alienação fiduciária no decreto-Lei n.º 911/1969.

---

<sup>207</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 307.

Destarte, a **alienação fiduciária imobiliária, Lei n.º 9.524/1997** é aquela realizada para bens imóveis, com o intuito de fomentar o mercado imobiliário, também podendo ser utilizada para bens móveis.

Enquanto que a **alienação fiduciária do decreto-Lei n.º 911/1969** é aquela realizada para bens móveis e no Brasil, caracteriza-se, com bastante evidência no financiamento de veículos, todavia pode e deve ser utilizada para outros bens móveis.

Ainda faz importante mencionar a existência da propriedade fiduciária, nos termos do artigo 1.361, parágrafos 1.º a 3.º do Código Civil.

Feitas estas considerações, passa-se à análise da alienação fiduciária imobiliária, Lei n.º 9.524/1997, bem como da alienação fiduciária no decreto-Lei n.º 911/1969, que são as de maior incidência nos contratos bancários de créditos.

Acerca da **alienação fiduciária imobiliária**, instituída no Brasil pela Lei n.º 9.524/1997, pode também ser chamada de alienações imobiliárias de bens imóveis. Tem o condão e objetivo bastante claro, o incremento do mercado imobiliário Brasileiro, visto que tem contratação exclusivamente nos financiamentos imobiliários, para aquisição de unidade imóvel.

Tenta-se com a alienação fiduciária imobiliária dar ao credor fiduciária a mesma garantia de execução do contrato na alienação fiduciária do decreto-Lei n.º 911/69, que embora judicial, é muito eficaz.

A alienação fiduciária imobiliária encontra-se no País há mais de 10 (dez), anos operando com regularidade e fazendo com que os negócios no ramo imobiliário crescessem de forma significativa com a aplicação da Lei n.º 9.524/1997, seu procedimento administrativo ser bastante célere, eficaz e rápido.

Destaca-se que pelo seu procedimento extrajudicial, na execução da garantia, ocorre celeridade ao procedimento, fazendo com que a maioria dos bancos optem por celebrar contrato de financiamento imobiliário utilizando-se da alienação fiduciária. Adiante, em breve análise, demonstrar-se-á o procedimento administrativo de execução da garantia fiduciária de forma bastante simplificada.

Assim, caso encontre-se o devedor fiduciário em mora perante o credor fiduciário, deve promover a execução da garantia fiduciária, tendo à disposição o procedimento administrativo, inclusive consagrado atualmente pela prática reiterada.

Destarte, deve o credor fiduciário promover a intimação da mora, com rescisão contratual, devendo a intimação ser instrumentalizada na pessoa do devedor fiduciário, ou seja, de forma pessoal. Destarte, a intimação deve conter, obrigatoriamente, sob pena de

nulidade do procedimento administrativo, o valor do débito; ademais, a intimação deve ser realizada pelo cartório de registro de imóveis, que fará a intimação por meio de registro público, para operar seus efeitos.

Poderá também a intimação ser feita pelos Correios, procurador ou por de representante legal do devedor fiduciário. É de fundamental importância que o credor fiduciário demonstre de forma cabal e sem sombras de dúvida que procedeu à intimação do devedor fiduciário, sob pena de nulidade do procedimento administrativo.

Ainda pode o credor fiduciário promover a intimação do devedor fiduciário, por meio de notificação judicial. Todavia, ocorrendo a recusa do devedor fiduciário no recebimento da intimação, o credor fiduciário está autorizado a proceder à intimação por edital, com a publicação em jornais de circulação na região do devedor. Também é de obrigatoriedade do credor fiduciário promover a intimação pessoal do cônjuge ou companheira(o) do devedor fiduciário.

Feita a intimação pessoal do devedor fiduciário mediante uma das formas apontadas acima, o devedor, caso pretenda continuar com o imóvel e não permita a rescisão do contrato, deve promover à purgação da mora: fazendo a purgação da mora, evita a rescisão contratual, prosseguindo o contrato em suas deliberações.

Entrementes, caso o devedor fiduciário não promova a purgação da mora, o contrato restará rescindido e sofrerá o devedor atos de esbulho do imóvel. Assim, não ocorrendo a purgação da mora, está o credor fiduciário autorizado a promover a venda do imóvel, em leilões públicos, ou proceder à reintegração da posse do imóvel, bem como reivindicar a propriedade.

Entretanto, não é obrigatória a reintegração de posse ou a reivindicação da propriedade, podendo o credor promover o leilão e sendo o imóvel arrematado por terceira pessoa, que está autorizado a promover a reintegração de posse ou reivindicar a propriedade, agora judicialmente.

Destaca-se ainda que o devedor fiduciário, nos termos da Lei 9.524/1997, perde todos os valores pagos, se não proceder à purgação da mora, quando for intimado para tanto e da rescisão contratual.

Não resta dúvida de que o procedimento adotado pela Lei n.º 9.524/1997 é célere, e pode proceder ao esbulho do devedor fiduciário em alguns meses; entretanto, salienta-se que mencionada Lei foi elaborada no intuito de fomentar o crédito imobiliário, o que vem fazendo. Assim, tem forte apego a proteção da tutela dos direitos do credor fiduciário e não do devedor.

No entanto, conforme já apontado acima, a alienação fiduciária imobiliária, atualmente tem cumprido o seu papel como instituto de direito bancário, pois fornece ao banco a garantia necessária, por meio da propriedade fiduciante, bem como no célere processo de esbulho da execução extrajudicial, fazendo com que os benefícios cheguem também ao consumidor, pois as taxas de juros tem caído significativamente nos contratos, tornando o crédito disponível, gerando assim um grande fomento imobiliário, com construção de prédios, geração de emprego e conseqüente crescimento imobiliário.

Assim, o fomento da atividade empresarial, principalmente as construtoras, pelo uso do instituto da alienação fiduciária imobiliária, em sua capitalização, tem sido notado no Brasil, com constante crescimento.

Já em relação à **alienação fiduciária no decreto-Lei n.º 911/1969**, tem sido utilizada no Brasil, com freqüência elevada nos dias atuais, para o financiamento de veículos automotores, contudo não impede sua utilização para outros bens móveis.

Essa utilização maciça na alienação fiduciária em garantia com base no decreto-Lei n.º 911/1969 tem explicação, bastante plausível, pois concede ao credor (normalmente uma instituição financeira) a garantia do recebimento de seu crédito, uma vez que o decreto-Lei n.º 911/1969, visa à proteção do credor na relação contratual.

Aqui, verifica-se que caso o devedor fiduciário seja constituído em mora, mediante notificação, conforme apontado acima e proceder à purgação da mora, sequer vai ocorrer necessidade do credor fiduciário promover a ação de busca e apreensão; todavia, caso o devedor constituído em mora não purgar a mora, terá contra si a ação de busca e apreensão e certamente deferida a liminar.

Atualmente, o credor fiduciário, diante da busca e apreensão procedida de forma liminar, conforme determina o art. 3.º, parágrafos 1.º ao 8.º, do decreto n.º 911/69, diante da alteração processada pela Lei n.º 10.931/2004, em cinco dias consolida a propriedade em seu exclusivo nome.

Essa modificação, introduzida pela Lei n.º 10.931/2004, foi importante para dar agilidade ao processo, pois antes era preciso que o processo judicial transitasse em julgado para que a posse fosse consolidada na posse do credor fiduciário.

Somente o devedor fiduciante evita a consolidação da propriedade para o credor no prazo de 5 (cinco) dias, caso proceda à purgação da mora, agora judicialmente; no entanto, caso não o faça, terá o prazo de 15 (quinze dias), para contestar a ação, observando a limitação de matéria na contestação, consoante o artigo 4.º do decreto-Lei 911/69.

Observa-se ainda que da sentença que julgar o feito cabe apelação, entretanto somente no efeito devolutivo, jamais no efeito suspensivo.

Porém, a questão maior enfrentada pelos Tribunais diz respeito, se o bem gravado com a alienação fiduciária não for encontrado, caberá ao credor fiduciário promover ação de depósito, podendo requerer a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito.

Assim, na ação de depósito o devedor é citado para que apresente o bem, se impossível, deposite o valor do débito (juros, multa, atualização monetárias, custas), ou conteste a ação.

Entretantes, caso o devedor não deposite o bem, não deposite o valor, apenas conteste a ação, ao final será prolatada sentença, considerando o mesmo depositário infiel e cominando em face dele a prisão civil administrativa, ou não, conforme demonstrar-se-á adiante o posicionamento da jurisprudência dos Tribunais, uma vez que a legislação em vigor, decreto-Lei n.º 911/1969 e a lei n.º 10.931/2004 asseguram a prisão do devedor fiduciário no caso do bem não ser encontrado, considerando assim como depositário infiel.

#### 2.3.2.2.1 A questão jurisprudencial do depositário infiel na alienação fiduciária

Os tribunais atualmente vivem uma verdadeira dicotomia de julgados diferentes, em relação à questão de imputação de depositário infiel e conseqüente prisão civil administrativa do devedor fiduciante, ou do devedor pignoratício.

O que se tem passado nos Tribunais é que na maioria dos Tribunais Estaduais, tem entendido não ser cabível a decretação da prisão civil administrativa, no depositário infiel no contrato de alienação fiduciária e de penhor, enquanto que o STJ se debate acerca da questão, não fixando ainda posicionamento.

Entretanto, o posicionamento da grande maioria dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça destoa do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que determina a prisão de depositário infiel.

Para entender essa diferença de julgados do Supremo Tribunal Federal, em relação aos Tribunais de Justiça Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça, necessário fazer a seguinte abordagem do sistema jurídico Constitucional brasileiro e do **pacto de São José da Costa Rica** (convenção), que foi assinado pelo Brasil.

Especificadamente acerca do Pacto de São José da Costa Rica, fazem necessárias as seguintes considerações, iniciando sua vinculação ou desvinculação com a Constituição.

Assim, primeiramente, relevante mencionar que a norma da Constituição Federal da República, ao tratar dos direitos e garantias individuais, assim estabeleceu:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Todavia, o Brasil recepcionou, em sua legislação infraconstitucional o Pacto de San José da Costa Rica, o qual estabelece que a prisão civil somente se dará pelo inadimplemento da obrigação de prestação alimentícia; os demais casos estariam afastados, inclusive a hipótese de prisão do depositário infiel, em virtude da ampliação, por Pacto Internacional, da garantia individual da liberdade.

Veja-se o que determina o referido Pacto: “Artigo 7.º. Ninguém deve ser detido por dívida. (...) 7 – Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Assim, para muitos não caberia a prisão do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária.

A recepção desse mandamento deu-se por meio do Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.91, que incorporou-se a princípio no ordenamento constitucional brasileiro, texto do pacto internacional sobre direitos civis e políticos, que, em seu art. 11, veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual, contudo o decreto legislativo jamais foi ratificado nas casas legislativas Pátria, criando novo impasse de regulamentação ou não do decreto.

Observa-se ainda que a Emenda Constitucional 45/2004 estabeleceu que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucional.”, exigindo apenas como requisito a votação acima mencionada, bem como tratar de direitos humanos.

Desta forma, acabou com a discussão de hierarquia, pois no casos de tratados firmados com matéria de direitos humanos e ratificados pelo congresso, passa a gozar de natureza de Emendas Constitucionais.

Acontece que o Pacto de São José da Costa Rica, que proibiu expressamente a prisão civil, permitindo apenas por alimentos, foi aprovado no Brasil por Decreto em 1992 e passou a fazer parte do ordenamento jurídico.

Assim, para muitos com efeito de Emenda Constitucional, enquanto que para outros não foi incorporado em nossa Constituição, visto que não foi votado no Congresso Nacional, gerando assim toda a confusão jurisprudencial.

Desta maneira diante da existência do pacto de São José da Costa Rica, a grande maioria dos **Tribunais Estaduais**<sup>208 209</sup> vem aplicando o Pacto de São José da Costa Rica, afastando a prisão civil administrativa por depositário infiel, nos contratos de alienação fiduciária e de penhor.

Em relação ao **Superior Tribunal de Justiça**, conforme já apontado acima, o sodalício se debate acerca da questão encontrando verdadeira divergência de julgado, ora eximindo o depositário da prisão, ora determinando a sua prisão do mesmo por depósito infiel, tendo inclusive forte inclinação para reconhecer o depositário com sendo infiel, afastando a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica e determinando sua prisão.<sup>210</sup>

---

<sup>208</sup> “Habeas Corpus cível preventivo. Busca e apreensão convertida em depósito. Alienação fiduciária em garantia. Prisão Civil. Impossibilidade. Credor que não manifestou pretensão prisional. Ordem judicial inexistente. Entendimento pacífico na jurisprudência pelo descabimento da prisão civil em alienação fiduciária. Ordem denegada. 1. Não havendo requerimento do credor para ordem de prisão civil, não há que se falar em ameaça de coação à liberdade do paciente, havendo carência de objeto. 2. Incabível a prisão civil do devedor em sede de alienação fiduciária em garantia, mesmo que tivesse sido requerida. (...)Com o advento do Pacto de São José de Costa Rica, não mais é possível, à luz da legislação infraconstitucional, a prisão do devedor em caso de ação de busca e apreensão convertida em depósito do bem fiduciariamente alienado. (...)” (Relator Desembargador Paulo Cezar Bellio. 18.<sup>a</sup> C. Cível, Acórdão n.º 7202, TJPR, Habeas Corpus 0432306-2, de 03/10/2007.

<sup>209</sup> “Agravo de instrumento. Prisão civil. Depositário infiel. Inadmissibilidade. Precedentes do STJ e STF. O art. 5º, § 2º, da CF, dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o país seja parte. Por sua vez, no Pacto de San José da Costa Rica, dispôs-se: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), art. 7º, item 7 - Autos de agravo de instrumento n. 01.004930-9, de Tubarão, do TJSC.

<sup>210</sup> “Processual civil. Depositário infiel. Prisão civil. Inaplicação do Pacto de São José da Costa Rica. 1. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que “a prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária” (HC 73.044/SP, Rel. Min. Maurício Correia, DJU 20.09.96). 2. Constitui dever do depositário prover a guarda e a conservação do bem. A prisão civil, entretanto, somente se justifica quando há recusa do depositário de restituir o bem que está sob sua custódia. 3. Inaplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, ante a falta de aprovação pelo quorum qualificado de três quintos, o que impede, nos exatos termos da norma do art. 5º, § 3º, da CF, que se o tenha por recepcionado pelo direito interno com status de emenda constitucional.” 4. Recurso especial provido. (REsp 967.649/RS, Rel. Ministro Castro Meira, 2.<sup>a</sup> Turma, julgado em 18.10.2007, DJ 05.11.2007 p. 259).



Por fim, tem-se o posicionamento do **Supremo Tribunal Federal**<sup>211</sup>, que ao contrário dos Tribunais Estaduais e do debate ainda não firmado no Superior Tribunal de Justiça, admite a prisão por depositário infiel em contrato de alienação fiduciária por entender que para um Tratado Internacional gozar de equiparação de emenda Constitucional deve passar pela votação no Congresso Nacional e observar as exigências de quorum, estabelecido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 o que não aconteceu com o Pacto de São José da Costa Rica.

Desta forma, está assentada a dicotomia de julgados no sistema judiciário Brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal afirma a não-aplicação do pacto de São José da Costa Rica, para reconhecer a possibilidade de prisão civil, por depositário infiel no contrato de alienação fiduciária, ao passo que o restante do Judiciário, representado pelos Tribunais de Justiça dos Estados, afirma exatamente o contrário, ao afastar a prisão do depositário infiel, pela aplicação do Pacto de San José da Costa Rica, enquanto que o Superior Tribunal de Justiça se debate acerca da questão.

Outra dificuldade que atravessa o sistema bancário atual é o problema de falta de garantias e sua extensão na composição e na formação das taxas de juros nos contratos bancários de créditos de fundamental importância para os contratantes, pois de tais fundamentos dependem o equilíbrio do contrato.

Desta forma a análise do instituto da alienação fiduciária alinhavado acima, se impõe-se, pelas seguintes questões.

Primeiro porque analisar os contratos bancários de créditos e não analisar a alienação fiduciária em garantia é deixar de fora um dos principais institutos bancários do direito brasileiro, mesmo que o instituto se aplique com maior escala nos contratos bancários de créditos de natureza consumidora, ou seja, na relação contratual da pessoa física, com pouco

---

<sup>211</sup> “Habeas corpus. Constitucional. Prisão Civil. Ordem de prisão que tem como fundamento a condição de ser o paciente depositário judicial infiel.. Possibilidade. Hábeas Corpus Indeferido 1. A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido da viabilidade da prisão civil do depositário judicial infiel. Precedentes.” 2. Habeas corpus indeferido. (HC 92257/SP – São Paulo - Relator(a): Min.Cárme Lúcia. Julgamento: 26/02/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma”.

“Habeas corpus. Processual civil. Depositário judicial infiel. Prisão civil. Constitucionalidade. Impossibilidade de exame aprofundado de fatos e de provas na via restrita do habeas corpus. Ordem denegada. Precedentes. 1. Hipótese que não se amolda à questão em julgamento no Plenário desta Corte sobre a possibilidade, ou não, de prisão civil do infiel depositário que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária. No presente caso, a prisão decorre da não-entrega dos bens deixados com o paciente a título de depósito judicial. 2. A decisão do Superior Tribunal está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de ser constitucional a prisão civil decorrente de depósito judicial, pois a hipótese enquadra-se na ressalva prevista no inciso LXVII do art. 5º em razão da sua natureza não-contratual. 3. Impossibilidade de exame de fatos e de provas na via restrita do procedimento do habeas corpus a fim de verificar o estado clínico do paciente para decidir sobre o deferimento de prisão domiciliar. 4. Ordem denegada. Decisão Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de habeas corpus; vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente.” 1ª Turma, 19.02.2008. (HC 92541/PR – Paraná - Relator: Min. Menezes Direito. Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma).

uso para a atividade empresarial de maneira geral, todavia necessária à análise diante da importância do instituto.

Por outro lado, deve ser considerado que a análise realizada acima do instituto da alienação fiduciária e suas dicotomias jurisprudências, principalmente em relação à possibilidade ou não da prisão do depositário infiel no contrato de alienação fiduciária repercute diretamente na atividade empresarial como um todo e não somente aos consumidores, pois tal desencontro de julgados só faz com que a taxa de juros em tais contratos sejam elevadas, pois é certo que o banco considera este viés na composição da taxa de juros praticada diretamente no mercado ao consumidor final, assim a maior segurança do contrato, menor será a taxa de juro, maior insegurança no contrato, maior será a taxa de juro no ponto de vista do banco é claro.

Assim, em relação aos contratos bancários de créditos toda a análise se reveste de importância e complexidade e sendo o instituto da alienação fiduciária um dos mais importantes e utilizados no direito brasileiro e ainda por sua complexidade, principalmente influenciando a taxa de juros foi necessária a análise acima.

#### 2.4 O PROBLEMA DA FALTA DE GARANTIAS E SUA EXTENSÃO NA COMPOSIÇÃO E NA FORMAÇÃO DAS TAXAS DE JUROS

Não se pode negar que se vive uma falsa idéia da existência do crédito no país, diante da avassaladora concessão de crédito ao consumidor, contudo as empresas, os produtores vivem uma escassez de crédito. Esta ausência de acesso ao crédito, existe pela manifesta falta de capacidade técnica do tomador de empréstimo, que deixa de cumprir as exigências legais do banco, principalmente pela falta de garantia, uma vez que o banco tem o crédito para conceder, mas falta à empresa a capacidade técnica para receber o empréstimo. Nesse sentido, veja-se:

O mercado de crédito brasileiro visa mais ao consumidor do que ao produtor. É mais de curto do que de longo prazo e atinge mais a alta do que a baixa renda. A escassa oferta de microcrédito existente é de natureza pública, e não privada, gerando potenciais ineficiências alocativas. Estes vieses podem ser sintetizados no que Gonzeles –Veja (1997), professor da Universidade de Ohio e especialista em microcrédito, chamou de “*mistério brasileiro*”: porque o crédito produtivo popular privado pouco se desenvolveu neste país? Uma resposta é a falta de garantias, ou

insuficiência de colateral dos produtores pobres. Outra resposta complementar é a inexistência de um marco legal adequado.<sup>212</sup>

Também em consequência da ausência de garantias a serem ofertadas pelo tomador de crédito, a primeira e imediata a ser percebida é o aumento da taxa de juros.

Verifica-se que o crédito voltado ao consumidor no país efetivamente tem funcionado e neste caso, porque é assegurado por probas garantias, seja pela alienação fiduciária que funciona, pois utilizado para bens imóveis e móveis e vinculado principalmente à concessão para a compra de veículo automotor e crédito imobiliário, sendo que no caso de não cumprimento do contrato o bem retorna ao banco.

Por outro lado, o crédito empresarial deixa de ser fomentado diante da ausência de mecanismos jurídicos legais que forneçam garantias robustas ao banco, que no caso pode até ser instrumentalizado, mediante aval, fiança, hipoteca, contudo falta ao tomador do crédito bens para disponibilizar para que o crédito seja concedido, veja-se:

Outro aspecto importante da evolução do processo de crédito no Brasil – e isso está intrinsecamente ligado ao Judiciário brasileiro – é o completo afastamento das garantias pessoais em qualquer tipo de operação. Tais garantias passam a ser secundárias – exigidas, sim, mas de maneira complementar. À exceção dos grandes tomadores de crédito – multinacionais, por exemplo, e assim mesmo com a empresa garantia da matriz no exterior ou de seus principais sócios -, o aval e fiança caíram em desuso como principal forma de garantia.<sup>213</sup>

Não se pode olvidar que a garantia tem como finalidade precípua diminuir o risco do banco; caso ela seja escassa, o crédito também será, operando seus efeitos em toda cadeia produtiva de forma obviamente que negativa. “A função principal da garantia, como já se afirmou, é mitigar riscos. São dois os tipos existentes: Os riscos do crédito (de não receber de volta o seu crédito) e o da escolha do devedor.”<sup>214</sup>

Assim, em relação ao risco do crédito, é evidente que a função das garantias é proteger o credor, quanto mais garantia tiver mais acesso ao crédito a empresa vai ter, todavia quanto menos garantir possuir menos acesso ao crédito terá a empresa; assim é natural que a seleção do credor ao conceder o empréstimo pode iniciar pelas garantias. “Em tese, as garantias servem como mecanismo de sinalização da qualidade do devedor”<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> NERI, Marcelo C.; GIOVANINI, Fabiano da S. Negócios nancicos, garantias e acesso a crédito. **Revista Econômica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 38, set-dez. 2005, p. 38.

<sup>213</sup> SADDI, 2007, p. 127.

<sup>214</sup> Ibid., p. 127.

<sup>215</sup> Ibid., p. 130.

Destarte, a garantia é a grande dificuldade das empresas brasileiras, pois a grande maioria composta de micro, pequenas e médias, está quase sempre endividada, sem patrimônio, tornando evidente a ausência de garantias para fornecer em eventual empréstimo bancário, o que encarece o crédito, com o aumento da taxa de juros.

É evidente que aquelas operações de empréstimos cercadas de garantias terão menor taxa de juros, contudo aquelas ausentes de garantias, além de taxas de juros mais elevadas, podem sequer ser concedidas pela Instituição Financeira, inclusive como garantia de preservação do crédito a outros clientes com potencial efetivo de pagamento e sendo um exercício regular de direito da atividade bancária conceder crédito apenas àquelas que demonstrem condições de pagamento.

Ademais, não é só a garantia que compõe a taxa de juros, há uma gama de fatores que determinam a taxa de juros aplicáveis em determinado contrato, conforme será abordado mais à frente.

## 2.5 O REGIME DOS JUROS

A problemática que envolve as diversas discussões acerca dos juros vem desde a antiguidade, quando surgiu a moeda, “a questão dos juros é tão antiga quando o uso da moeda.”<sup>216</sup>

Deste modo, as diversas discussões travadas no direito brasileiro, seja na doutrina, seja na jurisprudência acerca dos juros, reflete a complexidade do tema, envolto principalmente sob os interesses dos mais variados e sempre em pauta na legislação, com constantes mudanças.

Nesse contexto, tem-se o conceito de juros nas palavras de Arnold Wald, após esgotar a tradicional doutrina civilista brasileira (Pontes de Miranda, Sílvio Rodrigues, Plácido e Silva),

O juro é conceituado como rendimento do capital, preço do seu uso, preço locativo ou aluguel do dinheiro, prêmio pelo risco corrido decorrente do empréstimo, cabendo aos economistas o estudo de sua incidência, da taxa normal em determinada

---

<sup>216</sup> JUNIOR SCAVONE, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 21.

situação e de suas repercussões na vida do país. Para o jurista, trata-se de um fruto civil, considerado o juro como coisa acessória em relação ao Capital.<sup>217</sup>

Portanto, diante do conceito de juros acima transcrito não é difícil concluir que os juros são a base de todo o sistema financeiro brasileiro e por conseqüência dos contratos de créditos bancários, refletindo inclusive o cerne de grande quantidade de ações judiciais que abarrotam o poder judiciário nas constantes ações de revisão, rescisão de contratos bancários, em que tem como fundamento principalmente a onerosidade dos juros contratos, a impossibilidade de capitalização de juros, dentre outros fundamentos.

Logo, para o presente trabalho interessa a análise dos juros remuneratórios e dos juros moratórios, classificação esta quanto ao fundamento, que, via de regra, são os observados nos contratos bancários de créditos, muito embora exista outra gama de classificação de juros.<sup>218</sup>

Importante destacar que no Brasil, diante de nossa Legislação, não existe tabelamento de juros para as instituições financeiras, devendo apenas os bancos obedecerem a um padrão médio da taxa de juros mensal e anual que é divulgada pelo Banco Central do Brasil.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil brasileiro** – Obrigações e contratos. 12. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 131.

<sup>218</sup> “Para classificar os juros, inicialmente, imaginemos um exemplo: suponhamos que o indivíduo “A” receba do indivíduo “B”, a título de mútuo feneratício, uma importância em dinheiro. Imaginemos, também, que “A” não efetue o pagamento na data convencionada. Até o dia do vencimento os juros são devidos em razão do consentimento do titular do capital e, a partir desta data, não mais. Surgem, assim, na ordem, os juros compensatórios e os juros moratórios. Outrossim, desse negócio jurídico é possível inferir algumas questões, das quais serão extraídas outras espécies de juros. E se os juros não foram convencionados? Poderão ser cobrados? Veremos Entretanto, nascem duas outras espécies de juros: os juros convencionais e os juros legais. Prossequindo o raciocínio, questiona-se a possibilidade de acumular juros ao capital para contagem de novos juros, ou de, por outro lado, os juros serão computados separadamente, sem que sejam somados ao capital para contagem de novos juros. Infere-se, daí, a existência de juros simples e juros compostos. Sendo assim, propõe-se a seguinte classificação para os juros: Quanto à origem, os juros podem ser: a) convencionais; b) legais. Quanto ao fundamento, classificam-se em: a) compensatórios; b) moratórios. Quanto a capitalização, por outro lado, os juros podem ser: a) simples (juros capitalizados de forma simples); b) compostos (juros capitalizados de forma composta, juros sobre juros ou juros exponenciais). Verifica-se que a doutrina clássica vislumbra, geralmente, duas espécies de juros: os juros moratórios e os juros compensatórios.” (JUNIOR SCAVONE, 2007, p. 88-89).

<sup>219</sup> “(...) Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. (...) 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. Conselho Monetário Nacional. Art. 4º, VIII, da Lei n.º. 4.595/64. Capacidade normativa atinente à Constituição, funcionamento e fiscalização das Instituições Financeiras. Ilegalidade de resoluções que excedem essa matéria - 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa a chamada capacidade normativa de conjuntura no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o

A discussão que se impõe, frente à doutrina e à jurisprudência, é se ocorre ou não a aplicação das disposições do Decreto-Lei, 22.626/33, às Instituições financeiras, pois mencionado decreto limita a taxa de juros em 1% ao mês.

Contudo, a grande maioria dos Tribunais<sup>220</sup>, bem como da doutrina, tem se posicionado no sentido de afastamento da aplicação do decreto-Lei 2.626/33 às Instituições Financeiras, logo inexistente em face delas a limitação das taxas de juros que é controlada pelo mercado, pela lei da oferta e da procura. Veja-se o posicionamento de Luiz Antonio Scavone Junior:

Quanto às instituições financeiras, mister se faz verificar que as taxas de juros, pelo menos do ponto de vista prático, não se sujeitam às disposições do Decreto 22.626/33.

Instituições financeiras, a teor do que dispõe o art. 17 da Lei 4.595/64 (Lei da Reforma Bancária), são “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”.

Como vimos, o Decreto 22.626/33 limita, em regra, os juros convencionais moratórios à taxa de 1% ao mês, o que faz no art. 5.º. Por outro lado, com exceção do contrato de mútuo que está limitado à taxa de 1% ao mês para os juros convencionais compensatórios, o que, no âmbito do Código Civil de 2002, decorre dos arts. 406 e 591, combinados com o art. 161, parágrafo 1.º do Código Tributário Nacional, nos demais contratos as partes podem convencionar o dobro da taxa de 1%, ou seja, 2% ao mês (Código Civil de 2002, art. 406; Decreto 22.626/33, art. 1.º Código Tributário Nacional, art. 161, parágrafo 1.º).<sup>221</sup>

No entanto, em matéria de juros em recente julgado o STJ entendeu que não se aplica o disposto no Código Civil, às Instituições Financeiras e consequentemente aos contratos bancários de créditos firmados<sup>222 223</sup>.

---

desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade. (ADI 2591/DF – Distrito Federal. Relator(a): Min. Carlos Velloso Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 07/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

<sup>220</sup> SÚMULA 283 STJ “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.”

<sup>221</sup> JUNIOR SCAVONE, 2007, p. 255-256.

<sup>222</sup> Limitação do novo CC aos juros remuneratórios não se aplica aos contratos bancários. Os juros remuneratórios praticados nos contratos de mútuo dos agentes financeiros do Sistema Financeiro Nacional não estão sujeitos à limitação do artigo 591 combinado com o artigo 406 do novo Código Civil. Com esse entendimento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu parcial provimento ao recurso de instituição financeira contra correntista para que sejam observados os juros remuneratórios posteriores a 11 de janeiro de 2003 e, como tal, pactuados. O entendimento da Segunda Seção do STJ é o de que a Lei nº 4.595 é especial e não está revogada pela lei geral. Além disso, tem caráter de lei complementar após o advento da Constituição Federal de 1988, não podendo ser alterada por lei ordinária (Código Civil novo). A decisão firma o entendimento das duas Turmas que integram a Seção de Direito Privado. A questão começou a ser discutida na Justiça quando uma correntista do Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A entrou com uma ação revisional de contratos de conta-corrente e de empréstimo pessoal para a redução dos encargos que os vinculam, celebrados

Assim, a Lei 4.595/64 determinou a ausência de aplicação do decreto-Lei 22.626/33 às Instituições Financeiras, que foi confirmado pelo atual código civil de 2002, diante inclusive de sua ausência de manifestação de limitação de juros em face das Instituições Financeiras, limitando a taxa de juros apenas quando não houver instituição financeira envolvida.

O artigo 4.º da Lei 4.595/64 assim estabelece

compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente do Republica: (...) Limitar, sem 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 do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que de destinem a promover (...).

---

já na vigência do no Código Civil. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, mas a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), por unanimidade, proveu parcialmente a apelação. O TJ gaúcho aplicou ao Unibanco o que disciplina o artigo 359 do Código Processual Civil quanto ao contrato de conta-corrente. Os desembargadores consideraram que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao caso dos autos e, ainda que não fosse, permitida estaria a revisão das cláusulas pela incidência do novo Código Civil. Entenderam serem devidos em 12% ao ano os juros remuneratórios vencidos anteriormente à vigência da Lei de Usura e da Lei nº 8.078/90, que impede a abusividade constatada. Para os juros compensatórios vencidos posteriormente a 11 de janeiro de 2003, data da vigência da Lei nº 10.406/02, vinculou-se ao limite estabelecido no artigo 406, diante da remissão constante no artigo 591 à taxa utilizada para o pagamento do imposto devidos à Fazenda Nacional (Taxa Selic), autorizada a capitalização anual dos juros. Permitiu a mesma periodicidade para o período anterior, diante do preceito contido no artigo 4º da Lei de Usura, observada na Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal (STF). Deferiu ainda a possibilidade de compensar eventuais créditos favoráveis à devedora, rejeitando pedido genérico acerca de encargos não especificados. "Uma vez não apresentado um dos contratos que se busca revisar, cumpre aplicar o artigo 359 do Código de Processo Civil, admitindo-se como verdadeiros os fatos relatados na inicial sobre a prática de encargos abusivos". A decisão levou o Unibanco a interpor recurso especial no STJ alegando que a decisão da Justiça gaúcha a prejudicou. Isso porque viu frustrado seu objetivo de receber o que lhe é devido, de forma correta e integral, uma vez que a determinação da Justiça do Rio Grande do Sul, além de limitar os juros remuneratórios e moratórios contratados entre as partes, também excluiu a comissão de permanência devida pelo atraso, assim como autorizou a compensação ou a devolução dos valores eventualmente pagos a maior. O banco acredita que a decisão usou forma diversa da contratada para calcular o crédito a que a correntista tem direito. Essa a razão do recurso. Sustentou que a questão referente à limitação dos juros com base no CDC já se encontra pacificada no STJ em sentido oposto, assim como o STF tem posição de longa data desfavorável à incidência da Lei de Usura, pois a matéria tem regulação na Lei nº 4.595/64, que confere ao Conselho Monetário Nacional a discricionariedade para estabelecer as taxas, devendo ser observados aqueles pactuados. Além disso, afirma que, com relação à comissão de permanência, não houve fixação unilateral a justificar a falha de nulidade constante do julgado recorrido, diante da autorização legal específica, sobretudo a ausência de correção monetária. Por fim, pede a possibilidade de compensar ou repetir eventual crédito porque não se verifica ilegalidade nos pactos, nem se comprovou pagamento em erro. Para o relator do recurso no STJ, ministro Aldir Passarinho Junior, "mesmo para contratos de agentes do Sistema Financeiro Nacional celebrados posteriormente à vigência do novo Código Civil, que é lei ordinária, os juros remuneratórios não estão sujeitos à limitação, devendo ser cobrados na medida em que ajustados entre os contratantes, na forma da fundamentação acima, que lhes conferia idêntico tratamento antes do advento da Lei nº 10.406/02, na mesma linha da Súmula 596 do STF". Relativo à compensação ou repetição do indébito, o ministro entendeu que "ela é possível, de forma simples, não em dobro, se verificada a cobrança de encargos ilegais, tendo em vista o princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor, independente da comprovação do erro no pagamento, pela complexidade do contrato em discussão, no qual são incluídos valores sem que haja propriamente voluntariedade do devedor para tanto". Marcela Rosa (61) 3319-8595. <http://www.stj.jus.br/portal>. acessado em 02/05/2008.

<sup>223</sup> No âmbito do Código Civil de 2002 a inferência é a mesma de tal sorte que não se aplica a norma geral posterior que limita as taxas, norma essa decorrente dos arts. 406 e 591, combinados com o art. 161, parágrafo 1.º do Código Tributário Nacional." (JUNIOR SCAVONE, 2007, p. 257).

Assim, fixou na jurisprudência que as instituições financeiras não estariam sob a égide da limitação de juros do decreto-Lei 22.626/33, desde que autorizadas, o que vem ocorrendo com a expressa autorização de não limitação de taxas de juros pelo Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional.

Diante inclusive da discussão gerada no meio jurídico a questão restou sumulada, com a edição pelo STF da súmula 596 “As disposições do Decreto 22.626/33 não 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”.

Outro dispositivo legal que causou grande discussão no poder judiciário<sup>224 225</sup>, foi o parágrafo 3.º do artigo 1992 da Constituição que assim estabelecia

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 comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% 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,

com forte determinação para a limitação da taxas de juros, contudo diante do julgamento da ADIN 4, foi afastado o posicionamento de limitação das taxas de juros, do mencionado dispositivo legal, sendo julgada por 6 votos a 4 no dia 07.03.1991, de tal modo que a limitação constitucional das taxas de juros não subsistiu em face das instituições financeiras.

Por outro lado, a emenda Constitucional n.º 40/2003 fulminou a discussão, pois expressamente revogou o parágrafo 3.º do artigo 192 da Constituição da República, afastando qualquer discussão acerca da limitação da taxa de juro face às instituições financeiras.

---

<sup>224</sup> “Ação Monitória. Contrato de abertura de limite de crédito em conta corrente. Juros limite Constitucional.. Admissibilidade. (...). Recurso parcialmente provido - 1. É amplamente majoritário o posicionamento jurisprudencial nesta Corte de Justiça no tocante à auto-aplicabilidade do art.192, §3º, da Constituição Federal, que limita a cobrança de juros ao percentual de 12% ao ano” “TJ SC Acórdão: Apelação cível 1999.007164-2 Relator: Eládio Torret Rocha Data da Decisão: 31/10/2002”.

<sup>225</sup> “Execução – Embargos do devedor – Cédula de crédito comercial – Inaplicabilidade do Codecon aos contratos bancários – Inaplicabilidade da limitação de juros – Capitalização de juros – Índice de reajuste – Possibilidade – Multa moratória Pactuada - Legalidade – Comissão de Permanência – Taxa variável – Clausula Potestativa – 1. Tratando-se de negócio basicamente financeiro e não ligado a uma relação normal de consumo, aos contratos bancários não se aplicam as normas relativas ao Código de Defesa do Consumidor. Ainda que os juros sejam elevados nas operações de crédito, inaplicável à espécie o disposto do artigo 192, §3º, da Constituição da República, eis que referido texto carece de regulamentação. Deram parcial provimento, vencida a Juíza Revisora. TJMG Número do processo: 2.0000.00.368648-6/000(1) Relator: Gouvêa Rios - Julgamento: 05/11/2002.



### 2.5.1 Dos juros remuneratórios

Os juros remuneratórios são aqueles devidos pelo uso do dinheiro emprestado, nos contratos bancários de créditos conforme já analisados acima; por serem contratos de adesão e massificados, são, via de regra, praticados pela média do mercado, com supervisão de perto do Banco Central do Brasil.

Assim, para cada modalidade de contrato bancário de crédito é observada uma taxa média estabelecida, sendo mais alta, para aqueles contratos em que inexistente garantia, ou de uso rápido ou até diário do dinheiro. Neste caso, cita-se como exemplo os limites de créditos em conta corrente em que a taxa de juros é uma das maiores, por outro lado aqueles contratos em que as garantias de recebimento são concretas, as taxas de juros são as mais baixas como por exemplo nos empréstimos de crédito direto ao consumidor (CDC), com consignação em folhas de pagamento.

Os juros remuneratórios são também chamados de juros compensatórios; juros contratados são aqueles juros estabelecidos no contrato. “Os juros compensatórios são devidos em razão da utilização do capital pelo devedor na exata medida em que constituem furtos civis do valor empregado. Espelham a paga pela utilização do capital alheio.”<sup>226</sup>

Ainda, cita-se a lição de Jairo Saddi “Os juros remuneratórios são compensatórios pelo mútuo dado pelo prestador ao tomador do crédito”.<sup>227</sup>

O atual Código Civil, em seu artigo 591, traz o conceito de juros remuneratórios no contrato de mútuo, “Destina-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”.

Contudo, conforme já demonstrado acima no direito brasileiro, não existe na legislação, principalmente pela emenda constitucional 40/2003, a limitação dos juros remuneratórios em face das Instituições Financeiras.

---

<sup>226</sup> JUNIOR SCAVONE, 2007, p. 98.

<sup>227</sup> SADDI, 2007, p. 145.

### 2.5.2 Dos juros moratórios

Sem adentrar na questão da mora propriamente dita, visto que por si só é de extensão exuberante, demonstrar-se-ão os contornos dos juros moratórios.

Os juros moratórios também podem ser convencioneados ou são aqueles estabelecidos em lei, decorrem pela ausência da pontualidade no pagamento da obrigação principal, incidindo a partir da data em que o devedor ficou em mora com o credor “Os juros moratórios, são aqueles que decorrem do descumprimento das obrigações e, mais frequentemente, do retardamento na restituição do capital ou do pagamento em dinheiro.”<sup>228</sup>

Os juros moratórios também têm tratamento dispensado no Código Civil, no artigo 406, que assim estabelece “quando os juros moratórios não forem convencioneados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

Do estabelecido do artigo 406 do Código Civil, vislumbram-se as seguintes possibilidades, em relação aos juros moratórios.

Os juros moratórios podem ser pactuados não existindo limite de percentual, contudo deve ser observada a regra estabelecida no sentido de ser observado o limite praticado pelo mercado.<sup>229</sup> No entanto, o que se observa na prática é que os contratos bancários de créditos vêm adotando a taxa mensal de juros moratórios em 1% (um por cento).

Ainda pode existir a determinação do pagamento dos juros moratórios, sem expressar o percentual, ou se expressamente inexistir menção à existência dos juros moratórios; caso não exista termo legal aplicável ao caso, será adotada a “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

Os juros moratórios, como fixados no Código Civil, dão o exemplo de clareza e objetividade, o que não acontece mais em relação à matéria de juros, que está sempre posta de maneira confusa e causando grandes discussões na doutrina e na jurisprudência.

Não se pode mais confundir os juros moratórios com a multa moratória (tem-se que diante da aplicação da Lei n.º 9.298/1996, que limita o percentual em 2% (dois por cento),

---

<sup>228</sup> JUNIOR SCAVONE, 2007, p. 112.

<sup>229</sup> “Podem fixar-se abaixo ou acima da taxa dos juros legais, mas não se permite que excedam a taxa estabelecida para conter a usura. O preceito legal vigora supletivamente, do mesmo modo que em relação aos juros retributivos (compensatórios). Se estes não forem convencioneados, presume a lei que a taxa admitida pelas partes foi igual à estabelecida para os juros moratórios”. (Ibid., p. 115).

também com aplicação analógica do CDC, a multa moratória nos contratos bancários de crédito deve observar o percentual de 2% (dois por cento)<sup>230</sup>, bem como com a correção monetária, que são perfeitamente cumuláveis nos contratos bancários de créditos.

### 2.5.3 Dos fatores da composição da taxa de juros

A taxa de juros é o maior destaque em um contrato bancário de crédito, visto que ambos os contratantes devem analisá-la sob o enfoque empresarial, pois o juro é a viga mestra que rege a economia “se os juros são um preço na economia, como todo preço, ele possui certos elementos constitutivos”<sup>231</sup>, veja-se ainda a lição de Diarone Lopes da Silva.

Tanto para as empresas tomadoras quanto para as instituições bancárias que realizam a operação de crédito, a taxa esperada de retorno é um relevante instrumento de medida para avaliar as possibilidades de concretização da operação creditícia. A empresa estará avaliando se os custos da operação de crédito estão abaixo dos rendimentos esperados com a aplicação do mútuo transacionado em seu processo produtivo ou na manutenção de suas operações. Em caso de constatação que o retorno esperado dos investimentos a serem realizados, ou mantidos, seria inferior às taxas exigidas pelos bancos em operação de crédito, a empresa não realizará a operação (ver detalhes em Hummel e Taschner, 1995). Da mesma forma, o banco emprestador também não se sentirá estimulado a realizar qualquer operação de empréstimo se constatar que não pode auferir rendimento superior a seus custos de captação e operação (inclusive tributos), pois não obterá lucro com as operações.<sup>232</sup>

Assim, no Brasil, a composição da taxa de juros leva em consideração variáveis significativas, que devem ser sopesadas por ambos os contratantes, dentre as principais destaca-se; o prazo, que atua como fator na composição da taxa de juros, pois os contratos bancários de créditos apresentam-se de curto, médio e longo prazo, sendo que os de longo

<sup>230</sup> “Civil. Contra bancário. Execução. Cédula Rural. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Sumula n.º 297/STJ. Multa moratória Redução para 2%. Súmula n.º 285 e 7/STJ. I. Nos termos da Súmula 297/STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras. II. A jurisprudência desta Corte tem admitido a incidência da Lei n.º 8.078/90 também aos contratos de cédula de crédito rural. Precedentes: AgR-REsp n. 292.571/MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ 06.05.2002 p. 286; REsp n. 337.957/RS, de minha relatoria, DJ 10.02.2003 p. 214; REsp n. 586.634/MT, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17.12.2004 p. 531; AgRg no RESP 671866/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09.05.2005 p. 402; AgRg no AG 431239/GO, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 01.02.2005 p. 538. III. Redução da multa moratória para 2% (Súmula n. 285/STJ).IV. Agravo improvido”

<sup>231</sup> SADDI, 2007, p. 154.

<sup>232</sup> SILVA, Diarone Lopes da. **O procedimento judicial e o custo do dinheiro pra pessoas jurídicas no mercado de crédito bancário no Brasil (1994 – 2004)**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 29.

prazo são os que têm maiores incertezas; logo, as taxas de juros são as maiores. Neste sentido cita-se Diarone Lopes da Silva.

A expectativa das partes sobre os lucros que irão auferir em cada operação creditícia realizada pode conter uma grande porção de incerteza, pois operando dentro de um sistema econômico normal, onde os agentes são economicamente interdependentes, as operações estarão sujeitas a uma série de variações macroeconômicas, estruturais ou conjunturais, que poderão minimizar ou maximizar os lucros. A porção de incerteza da taxa de retorno em cada operação de crédito tende a ser maior quanto maior for o tempo de duração da operação. Ou seja, se tomarmos três prazos distintos, quais sejam curto, médio e longo prazo, a maior porção de incertezas estará no longo prazo, portanto, as taxas de juros exigidas pelos bancos tendem a ser maiores nas operações cujo prazo de vencimento é mais distante da data de celebração. Para as empresas que necessitam captar recursos para pagamento no longo prazo, também existe a necessidade de mensuração mais precisa sobre sua possibilidade de geração de caixa no longo prazo, pois para o empreendedor a exemplo do que ocorre com o banqueiro, o fator incerteza também é maior no longo prazo.<sup>233</sup>

Entretanto, necessário destacar de forma positiva que no Brasil, diante da participação estatal no mercado de crédito, tem-se que nem sempre as contratações a longo prazo apresentam-se com taxas de juros mais elevadas, pois o BNDES tem ótimos programas de financiamentos empresariais com taxas de juros a baixo no mercado e com prazos bem mais longos, não sendo somente o BNDES, atuando também neste seguimento bancos estaduais, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil; todavia o crédito ofertado com ligação estatal não é suficiente perante a grande demanda empresarial existente, deixando grande gama de empresas sem acesso a este crédito, sendo remetida aos bancos privados que, via de regra, não praticam a mesma política.

Assim, diante das incertezas em que o contrato bancário de crédito está inserido o prazo nele fixado influencia diretamente na composição da taxa de juros, sendo certo que para os contratos de maior prazo, (longos), as taxas de juros serão maiores.

Outro fator que desempenha importante papel na fixação das taxas de juros nos contratos bancários de crédito é a vinculação da origem e aplicação dos recursos pactuados.

Os recursos bancários livres, ou isentos de obrigação legal de vincular origem e aplicação, são as maiores fontes de renda bancárias; são aquelas de maior captação no mercado, por consequência são as principais fontes de financiamentos às empresas e por óbvio são aquelas que mais fomentam os contratos bancários de créditos, contudo são as que têm maior taxa de juros. Neste caso inexistente o controle do estado, sendo remetida a lei da oferta e procura à lei do mercado.

---

<sup>233</sup> SILVA, D., 2006, p. 30.

Desta forma, ainda podem as taxas de juros ter variações de banco para banco, bem como ser adotadas as taxas de juros pré-fixadas, pós-fixadas e flutuantes, Nesse sentido, cita-se Diarone Lopes da Silva.

As taxas pós-fixadas são as taxas de juros cobradas pelos bancos em operação em que a variação da cotação da moeda externa e acrescida de juros contratada para formar a taxa a ser exigida do tomador do empréstimo, como nos casos das operações de ACC – Antecipação de contratos de Câmbio e as operações de repasses de recursos captados no estrangeiro. Já as taxas Flutuantes, ainda conforme definição do Bacen (2002), são as taxas de juros que terão seu percentual conhecido apenas na data do vencimento da obrigação financeira assumida pelo devedor, sendo geralmente fixadas como sendo um percentual das taxas da Selic (Taxa apurada no Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, obtida mediante o cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e cursadas no referido Sistema) ou do CDI. As taxas pré-fixadas são as taxas estabelecidas já na assinatura do pacto contratual, mantendo-se fixa independentemente da variação de qualquer outra taxa ou índice existente no sistema econômico (Bacen, 2002).<sup>234</sup>

Por outro lado, as receitas bancárias vinculadas também têm destinação bancária determinada sendo o maior exemplo o FGTS, do qual é destinada parte para o financiamento da habitação. Aqui as taxas de juros são menores, contudo o acesso é dificultado, com exigência inclusive legal, fazendo com que pequeno grupo de empresas, as construtoras, tenha acesso, bem como as pessoas, aquelas que tenham depósitos no FGTS, e podem sacar parte dele destinando-o à aquisição de moradia, tornando a taxa de juro bem menor neste caso.

Outro fator de influência na composição da taxa de juros são as garantias existentes para sua constituição no contrato de crédito bancário.

As garantias nos contratos de créditos bancários foram acima trabalhadas, inclusive de forma individualizada, e têm fundamental importância no contrato, principalmente no sentido de diminuir a taxa de juros, pois “as garantias dadas pelo tomador de crédito bancário podem diminuir a taxa de juros exigida pelos bancos pelo simples fato de representarem mais uma possibilidade de recebimento, por parte do prestador, dos recursos empregados na operação,”<sup>235</sup> ainda “A garantia é uma espécie de segurança adicional e, em alguns casos, a concessão de crédito precisará dela para compensar as fraquezas decorrentes dos outros fatores de risco.”<sup>236</sup>

Destarte, a garantia, dentro dos fatores de composição da taxa de juros, é um dos principais elementos de diminuição das taxas de juros, pois atua de forma concreta para

---

<sup>234</sup> SILVA, D., 2006, p. 34.

<sup>235</sup> Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 02 maio 2008.

<sup>236</sup> SILVA, José Afonso da. **Gestão e Análise de Risco de Crédito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 323.

superar eventual inadimplência do devedor, fornecendo ao credor elementos substanciais para o recebimento do valor emprestado. “Já a garantia é a segurança real do cumprimento da obrigação.”<sup>237</sup>

Por fim, destaca-se o próprio tomador do empréstimo como elemento na composição das taxas de juros, pois é sabido que o cliente é analisado de todas as formas, por meio de seus cadastros, balanços, sócios, patrimônio, existência de inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, são minuciosamente analisados pelas instituições financeiras, primeiro para conceder ou não o crédito e em segundo lugar para fixar as cláusulas contratuais e a taxa de juros.

Ainda existem fatores macroeconômicos que envolvem a composição da taxa de juros, dentre eles cita-se o spread bancário, fatores externos de crises em outros países como a recente crise imobiliária norte-americana, que atualmente é uma crise mundial.

Naturalmente que estes são apenas alguns elementos norteadores na fixação da taxa de juros, existindo diversos outros; todavia, sabendo o empresário analisar os fatores apontados acima, poderá ter significativa redução no percentual da taxa de juros que incidirá em eventual contrato de crédito bancário, tendo maior poder de barganha.

#### **2.5.4 ‘Spread’ bancário**

Para melhor compreender os contratos bancários de créditos e principalmente analisá-los de forma crítica, é necessária a abordagem acerca do ‘spread’ bancário, tema, aliás, corrente nos meios de comunicação, entretantes de pouca doutrina, principalmente jurídica, sendo de maior abordagem pelos economistas.

Assim, tem-se que o conceito de ‘spread’ bancário “é definido como sendo a diferença entre a taxa de empréstimo e a taxa de captação de CDB. A taxa média de CDB para o conjunto das instituições financeiras foi calculada a partir de uma média das taxas individuais ponderada pela captação líquida de cada instituição.”<sup>238</sup>

Diante do conceito lançado acima, verifica-se claramente que por

---

<sup>237</sup> SADDI, 2007, p. 112.

<sup>238</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL – **Avaliação de 2 anos do projeto Juros e Spread Bancário**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2008, p. 50.

spread bancário entende-se a diferença entre a taxa de juros obtida pelos bancos na aplicação de recursos financeiros e a taxa de juros que estes remuneram seus clientes que compraram os Certificados de Depósitos Bancários – CDBs de sua emissão, ou, considerando genericamente, o spread bancário equivale ao lucro bruto das operações bancárias.<sup>239</sup>

O próprio Bacen já afirmou que “a taxa de spread bancário calculada pelo Bacen refere-se a uma média das taxas individuais praticadas por um grupo específico de instituições, aquelas com maior volume financeiro de transações.”<sup>240</sup>

Desse modo, no Brasil, as taxas de spread bancário são elevadíssimas diante dos elevados custos das operações bancárias. Os elementos que compõem o spread bancário, na lição de Jairo Saddi, são as seguintes.

Taxa; - Despesas administrativas do banco; - Impostos indiretos incidentes sobre a taxa; - Custo da inadimplência; - Imposto de renda/contribuição social sobre lucro líquido; = Lucro do banco (ou resíduo final).<sup>241</sup>

Acrescente-se o depósito compulsório<sup>242</sup> que deve ser efetuado pelas instituições financeiras perante o Bacen na composição do Spread Bancário. Em estudo o Bacen apresenta os seguintes elementos que compõem o spread bancário:

a) recolhimentos compulsórios; b) carga tributária; c) a taxa básica de juros praticada pela autoridade monetária; d) despesas administrativas; e) estabilidade e expectativa de crescimento econômico; f) provisões para risco de inadimplência bancária e moderna institucional de recuperação de crédito.<sup>243</sup>

A título ilustrativo adiante vejam o gráfico que demonstra o percentual de cada elemento que compõe do spread bancário.

<sup>239</sup> SILVA, D., 2006, p. 40.

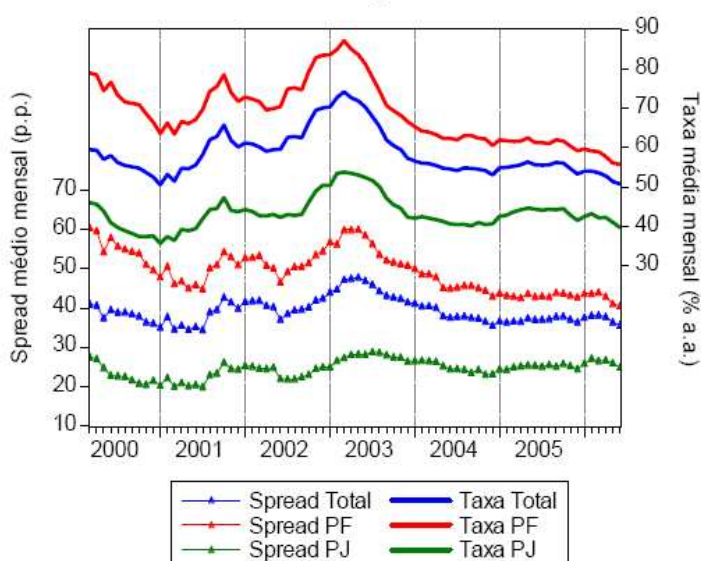
<sup>240</sup> Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 02 maio 2008.

<sup>241</sup> SADDI, 2007, p. 159.

<sup>242</sup> “Os recolhimentos compulsórios sobre os recursos financeiros captados pelos bancos (depósitos à vista ou depósitos a prazo) constituem-se em importante fator de influência sobre os níveis de spread bancário na economia. Além disso, destaque-se que sua utilização, como instrumento de política monetária é prática comum pela autoridade monetária, tanto quanto se tenciona contrair como quando se tenciona ampliar a atividade econômica.” (Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/sistemafinanceironacional/operacoesdecredito>>. Acesso em: 03 jun. 2008)

<sup>243</sup> Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/sistemafinanceironacional/operacoesdecredito>>. Acesso em: 03 jun. 2008.

**Média Mensal da Taxa (% a.a.) e do Spread (p.p.) – Juros Prefixados  
Pessoa Física, Jurídica e Geral  
(Mar. de 2000 a jun. de 2006)**



Fonte: Banco Central do Brasil, séries 3.955, 3.957, 3.956, 3.951, 3.953 e 3.952.

Figura 1 – Média mensal da taxa e do *spread*

Assim afirma Jairo Saddi “a taxa (que constitui a receita da intermediação financeira) é o que se conhece como *spread*, ou seja, a diferença entre a taxa de captação do banco e a taxa de aplicação que paga aos seus depositantes (ou aos poupadores)”<sup>244</sup>, conforme já apontado acima.

Destarte, a crítica que se faz atualmente no Brasil é que diante da estabilidade dos preços e da inflação controlada, comparada a índices de outrora, bem como da adoção de um regime de taxa de câmbio flutuante, espera-se a diminuição no *spread* bancário, todavia o índice do *spread* bancário brasileiro mantém-se em patamares altíssimos se comparando com outros países<sup>245</sup>, sendo que a média da taxa no Brasil é de “40%”.<sup>246</sup>

Os elevados índices de *spread* bancário, além de atravancar o crescimento do país, encarecem o crédito e dificultam a concessão de créditos aos meios empresariais.

Diversos são os fatores e focos da atuação do Bacen, como parte da estratégia para a redução do *spread* bancário, veja-se:

<sup>244</sup> SADDI, 2007, p. 159.

<sup>245</sup> “O *spread* bancário em 2000 era de 11,96% no México, 2,75% na Argentina, 5,64% no Chile, 2,77% nos EUA e 3,15% na Zona do Euro. (SILVA, D., 2006, p. 42.)

<sup>246</sup> Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 02 maio 2008.



1.<sup>a</sup> - promoção de maior transparência e concorrência no mercado de crédito, de forma que as instituições disponham de acesso às informações relevantes sobre seus clientes para poder selecionar e apreçar adequadamente os riscos de suas operações; do ponto de vista dos tomadores, também é imprescindível assegurar o acesso a informações transparentes sobre custos e condições contratuais; 2.<sup>a</sup> - aumento da segurança jurídica dos contratos, permitindo que os bancos minimizem as perdas associadas à inadimplência; um sistema judiciário ineficiente inibe a oferta de crédito, induzindo os bancos a maior rigor na seleção dos clientes e pressionando o prêmio de risco exigido do conjunto de tomadores"; 3.<sup>a</sup> - atuação sobre a cunha fiscal, os compulsórios e a regulação bancária, iniciativas que ficam limitadas pelas restrições de caráter macroeconômico.<sup>247</sup>

Outras são ainda as alternativas citadas pelo Bacen para a diminuição do Spread bancário,

O governo instituiu a Cédula de Crédito de Bancário (CCB) para dar mais agilidade aos processos de cobrança enviados ao Judiciário e minimizar os custos da inadimplência. A ampliação da alienação fiduciária aos imóveis a partir de 1997, e outros bens e direitos, como títulos e demais créditos, a partir de 2001.<sup>248</sup>

Os bancos por sua vez alegam que se dependesse deles, bancos, o spread bancário seria menor

O 'spread' bancário é alto no Brasil não por conta dos ganhos dos bancos, mas dos entraves criados pela carga tributária, pelo enxugamento de liquidez provocado pelo recolhimento de compulsórios e pela inadimplência, fruto de legislação que precisa ser mudada", analisa Gabriel Jorge Ferreira, presidente da Federação Brasileira dos Bancos.<sup>249</sup>

Contudo, atualmente embora o Banco Central venha encetando esforços no sentido de proceder à baixa dos índices de spread bancário, o que se vislumbra é que essa dificuldade não é passageira diante do aumento da inflação, principalmente da taxa de juros, componentes que influenciam diretamente a composição do spread bancário de forma a segurá-lo sem possibilidade de baixa.

Arremata-se que não restam dúvidas de que a regulação, concorrência e transparência são elementos necessários para assegurar o funcionamento e crescimentos econômicos. Assim, no Brasil, quando houver melhor obediência principalmente à transparência em relação ao spread bancário com fornecimento de dados e elementos concretos fornecidos pelas instituições financeiras e Bacen, estará dado o primeiro passo para a diminuição das

---

<sup>247</sup> Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/sistemafinanceironacional/operacoesdecredito>>. Acesso em: 03 jun. 2008.

<sup>248</sup> Ibid.

<sup>249</sup> Disponível em: <<http://www.febraban.com.br>>. Acesso em: 03 jun. 2008.

taxas de spread bancário e o aumento do fornecimento de crédito será uma consequência natural.

### 2.5.5 Capitalização de juros

A capitalização de juros é a grande discussão enfrentada pelos tribunais nos contratos bancários de créditos mediante as ações de revisão, rescisão contratual, que diariamente são ajuizadas às milhares, estando o tema em efervescência pela doutrina e jurisprudência, impondo assim uma análise do instituto.

Fundamentalmente, tem-se que a expressão “capitalizar juros”, popularmente ficou conhecida como “cobrar juros sobre juros”, o que inclusive não está correto<sup>250</sup>, carecendo naturalmente de terminologia técnica, porém Marcos Cavalcante apresenta o conceito de capitalização de juros:

Capitalização, ato ou efeito de capitalização, é a conversão em capital do valor do juro apurado num período passado. Regime da capitalização é o processo de formação do capital ao longo do tempo. Existem dois regimes de capitalização discreto e contínuo. A diferença entre eles é um dos conceitos mais fundamentais da matemática financeira que precisa ser compreendido para que se possa decidir quanto a qualquer aplicação de juros. No regime da capitalização discreta os juros são adquiridos pelo credor e, por consequência, incorporado ao capital no final de cada período de tempo ao qual a taxa é aplicada. No regime de capitalização contínua a taxa de juros é considerada como referenciada a um intervalo de tempo infinitesimal, ou seja, a aquisição dos juros e sua incorporação ao capital são instantâneos.<sup>251</sup>

Análise sinônima à apresentada acima da capitalização dos juros é a denominada capitalização por juros simples<sup>252</sup> e capitalização por juros compostos.<sup>253</sup> A capitalização pode ser instrumentalizada, mensalmente, semestralmente ou anualmente, ocorrendo opinião de que a existência de juros simples não caracteriza capitalização de juros.

<sup>250</sup> “Capitalização de juros não é sinônimo de juros sobre juros (juros compostos)”. (JUNIOR SCAVONE, 2007, p. 179).

<sup>251</sup> CAVALCANTE. Marcos. **Moeda, juros e Instituições financeiras**. São Paulo: Forense, 2006, p. 36.

<sup>252</sup> “Na capitalização simples, a taxa de juros é aplicada apenas sobre o capital inicial, não incidindo sobre os valores nominais acumulados”. (JUNIOR SCAVONE, op. cit., p. 180).

<sup>253</sup> “A capitalização composta é aquela em que a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior. Nesse regime de capitalização a taxa varia exponencialmente em função do tempo.” (Ibid., p. 180).

O que são juros simples? Juros simples são aqueles que incidem apenas sobre o principal corrigido monetariamente, isto é, não incidem sobre os juros que se acrescentam ao saldo devedor. Vale dizer, assim, que os juros não pagos não constituem a base de cálculo para a incidência posterior de novos juros simples. E o que são juros compostos? Juros compostos são aqueles que incidirão não apenas sobre o principal corrigido, mas também sobre os juros que já incidiram sobre o débito. Como se pode perceber, capitalização dos juros pode, matematicamente, ocorrer mês a mês, semestralmente, ano a ano, etc.<sup>254</sup>

Importante destacar que os Tribunais debatem acerca da capitalização de juros, sendo que grande maioria dos julgados proíbe a capitalização<sup>255</sup>, conquanto alguns julgados permitem a capitalização, em períodos anuais<sup>256</sup>.

Segundo Rui Rosado, a polêmica da capitalização dos juros está baseada nos seguintes aspectos, veja-se:

Em princípio, é proibida a capitalização dos juros (anatocismo, cobrança de juros sobre juros ("É proibido contar juros dos juros" (Art. 4.º Decreto n.º 22.626; Súmula 121/STF, que continua sendo aplicada pelo STJ), permitida a capitalização anual dos juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente (Art. 4., segunda parte). O Código Civil de 2002 defere capitalização anual (Art. 591, última parte). De um modo geral, é o que também ocorre em outros países. Na França, por exemplo, é permitida a cobrança de juros sobre juros apenas com capitalização anual, desde que exista convenção especial. A uma taxa de 5% ao ano, o capital sem juros compostos dobra ao término do prazo de 20 anos, enquanto com a capitalização, bastam 14 anos.<sup>257</sup>

A proibição da capitalização de juros no direito brasileiro é da regra contida no artigo 4.º do decreto 22.626/33, confirmada atualmente pela norma do artigo 591, parte final, do Código Civil de 2002, sendo permitida apenas a capitalização anual.

Todavia, conforme já apontado acima, as instituições financeiras negam a aplicabilidade em suas relações do Decreto 22.626/33, sob a afirmação de que são regidas

<sup>254</sup> MATTOS E SILVA, Bruno. **Anatocismo legalizado**: a medida provisória beneficia as já poderosas instituições financeiras. Disponível em: <<http://www.direitobancario.com.br>>. Acesso em: 01 jun. 2008.

<sup>255</sup> "Processual civil e administrativo. Recurso Especial. Contrato de crédito educativo. Capitalização anual de juros. Impossibilidade. Súmula. (...) 2. Aplica-se ao caso o enunciado da Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal: "é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada". 3. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 1058334/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1.ª turma, julgado em 19.06.2008, DJ 30.06.2008 p. 1).

<sup>256</sup> "Agravo Regimental – Capitalização dos juros – Possibilidade na periodicidade anual – Precedentes – Recurso improvido. (...) - Em relação à capitalização dos juros, verifica-se que o entendimento esposado pelo e. Tribunal de origem encontra-se em dissonância do posicionamento perfilhado por esta a. Corte, no sentido de admiti-la em periodicidade não inferior à anual, em observância ao artigo 4º do Decreto nº 22.626/33, que expressamente a permite nos contratos de conta-corrente, e de acordo com a jurisprudência anterior, que estende tal entendimento aos contratos bancários em geral; III-Agravo regimental improvido." (AgRg no Resp 1026951SC, Rel. Ministro Massami Ueda, 3.ª T. j. em 17.04.2008, DJ 13.06.2008 p. 1).

<sup>257</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 78.

pela Lei n.º 4.595/64 e que estão sob a égide do Conselho Monetário Nacional, o qual tem poderes normativos para limitar “sempre que necessário”, as taxas de juros.

Neste contexto foi o julgamento da Ação declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4-7, que foi acatada pelo Ministro Relator Sydney Sanches.

Também neste contexto de complexidade, prevalece a súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, “As disposições do Decreto n.º 22.626/33 não 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.”

Ainda na defesa da capitalização dos juros, existe no ordenamento pátrio, a Medida Provisória n.º 2.160-25, de 23 de agosto de 2001, que foi convertida em Lei pelo artigo 26 da Lei n.º 10.931, de agosto de 2004, em que se permite a capitalização de juros na cédula de crédito bancário.

Por outro lado, a defesa para a não capitalização dos juros em período inferior de 1 (um) ano encontra farto amparo no ordenamento jurídico, bem como na doutrina.

Conforme já mencionado, a própria proibição da capitalização de juros do artigo 4.º do Decreto 22.626/33 foi confirmada atualmente pela norma do artigo 591, parte final, do Código Civil de 2002, sendo permitida apenas a capitalização anual.

Ainda no que confere à capitalização dos juros, observa-se a existência de onerosidade e abusividade na sua efetivação, tornando assim evidente a aplicação do CDC, nas relações em que ocorrer o consumo para restar extirpada a capitalização. Nesse sentido é a lição de Jairo Saddi, veja-se:

No que se refere à capitalização e abusividade, a polêmica da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários e aos bancos ainda dará margem a muitas dúvidas. Dentre as principais está a matéria de juros, por tratar, em especial nas chamadas ações revisionais, aqueles que podem receber a pactuação dos juros depois de contratados. Isso sem contar que algumas das discussões judiciais, tais como a onerosidade excessiva, estão igualmente protegidas pelo Código Civil.<sup>258</sup>

Todavia, elementos de maior sustentabilidade para o afastamento da capitalização de juros nos contratos bancários encontram-se em uma perspectiva constitucional, além é óbvio do já dito acima.

Não se pode negar que diante de uma análise econômico-matemática a capitalização dos juros causa uma desproporção gigantesca entre a prestação e contraprestação.

---

<sup>258</sup> SADDI, 2007, p. 154.

Assim, a princípio, necessário valer-se do trabalho de Antônio de Pádua Collet e Silva, em seu trabalho, “Entendendo os aspectos Legais dos Juros”<sup>259</sup>, em que aborda a capitalização sob o viés econômico e jurídico.

Destarte, aborda a questão;

A primeira é "juros capitalizados", que são os juros calculados pelo critério de juros compostos em períodos inferiores a um ano (dias, meses, etc.). A segunda é "juros legais", que são os juros calculados pelo critério de juros simples em períodos inferiores a um ano e de juros compostos para períodos superiores a um ano.<sup>260</sup>

A partir desta colocação inicia-se uma avaliação concreta, do valor principal de R\$ 1.000,00 (um mil reais), com taxa de juros de 8% (oito por cento), ao mês.

Primeiro considera-se o período inferior a um ano, com prazo de um semestre (seis meses), do que resultaria ao fim um total com juros legais somando R\$ 1.480,00. O valor do principal e o valor do montante de juros não variam a cada mês, sendo o principal ao longo dos seis meses de R\$ 1.000,00, e o valor dos juros de R\$ 80,00 em cada mês. Já do cálculo com juros capitalizados resultaria um total de R\$ 1.586,87. A cada mês o valor do principal se altera, somando-se os juros do período anterior, o que resulta numa alteração do valor dos juros a cada mês, pois embora a taxa de juros não varie o principal aumenta (R\$ 80,00 no primeiro, R\$ 86,40 no segundo,...).

Daí concluiu que, neste primeiro exemplo, comparando os valores obtidos, os juros capitalizados resultaram uma remuneração para o capital em + 58%, enquanto os juros legais resultaram uma remuneração para o principal em + 48%. Deste modo os juros capitalizados proporcionam um ganho comparativamente maior em + 7,22% sobre os juros legais. Em seguida, considera-se para os mesmos dados básicos um período superior a um ano (o que muda um pouco porque os juros legais podem ser capitalizados de ano a ano), um prazo de cinco anos (60 meses). O total com juros legais após o período de 5 anos soma R\$ 27.888,25. O valor do principal e a remuneração mensal de juros não varia dentro de cada ano. Somente ao completar cada ano o montante de juros do ano é acrescido ao valor do principal (juros compostos em períodos anuais). Já o total com juros capitalizados após o período de 5 anos é de R\$ 101.257,06. Não é erro de digitação, é este absurdo mesmo. A cada período mensal varia o valor do principal, incorporando-se o valor dos juros do período anterior, bem como a cada período varia o montante de juros, pois embora a taxa de juros seja a mesma o valor do principal aumenta.<sup>261</sup>

Neste contexto, concluiu o autor:

Que os juros capitalizados aumentaram a remuneração para o principal em + 10.025,7%, enquanto os juros legais proporcionaram um aumento a remuneração para o principal em + 2.288,8%. A aplicação dos juros capitalizados geraram um

<sup>259</sup> COLLET E SILVA, Antônio de Pádua. **Entendendo os aspectos legais dos juros**. Disponível em: <<http://www.direitobancario.com.br>>. Acesso em: 05 maio 2008.

<sup>260</sup> Ibid.

<sup>261</sup> Ibid.

ganho comparativamente maior em +263,08% sobre o ganho proporcionado pelos juros legais

Os dois exemplos numéricos apresentados acima permitem compreender porque no gráfico resultante dos cálculos, a curva para Juros Capitalizados aumenta de forma tão acentuada frente à curva obtida para os Juros Legais. A resposta está nos prazos e respectivos períodos considerados, bem como no critério de cálculo adotado para maximizar os resultados. [...] A melhor forma para maximizar a rentabilidade dos juros é prolongar prazos e utilizar o critério de cálculo exponencial com Juros Compostos, com a maior quantidade de períodos possíveis para aplicação das taxas. Por outro lado, para minimizar os custos dos juros, deve-se reduzir os prazos e diminuir o fator exponencial do critério de cálculo. Observe que no exemplo anterior, a aplicação de Juros Legais resultaria numa excelente remuneração de + 2.792,5% para o Capital Empregado do financiador, considerando o prazo de 5 anos e períodos mensais com taxa de juros de 8% ao mês. Certamente configura-se como usura, a pretensão de remunerações acima de tal patamar, aplicando-se os cálculos dos Juros Capitalizados.<sup>262</sup>

É evidente que a capitalização de juros exponencia de forma assustadora o débito existente, sendo ainda mais difícil sustentar a capitalização, diante da completa ausência de informação prestada pelas Instituições Financeiras a seus clientes dos cálculos utilizados, com amparo na capitalização e ainda na da adesividade do contrato bancário de crédito, o que torna a capitalização onerosa excessivamente, sem contar a lesão causada.

Nesse contexto, é evidente que a capitalização afasta e afronta a dignidade da pessoa humana e até mesmo a boa-fé objetiva apregoada acima e de plena aplicação nos contratos bancários de crédito.

Assim, não é demais citar a lição de Luiz Edson Fachin, o que

destaca que a Constituição Federal de 1.988 operou uma inversão ao erigir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, impondo ao Direito Privado o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX e na qual se inspirou o Código Civil pátrio. Submete-se o patrimônio à pessoa: aquele se legitima enquanto meio de realização desta.<sup>263</sup>

Portanto, a capitalização de juros é vedada no sistema legal, com periodicidade inferior a um ano.

Todavia, a capitalização de juros inferior ao período de um ano fere os termos da Constituição da República, diante da proteção da dignidade da pessoa humana e no caso em questão da preservação da empresa, bem como dos princípios contratuais da função social do contrato e da boa-fé objetiva dos contratos, o que torna impossível validar a capitalização dos juros.

<sup>262</sup> COLLET E SILVA, 2008.

<sup>263</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, n. 4, p. 243-263, 2000, p. 244.

### 3 REPERCUSSÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

O crédito empresarial pode produzir efeitos de imediato; no Brasil, é escasso<sup>264</sup>, o que torna o crédito concedido um elemento de vitória para as pequenas e médias empresas que conseguem acessar o parco crédito disponível, o que não acontece com o crédito pessoal, que atualmente é despejado pelos bancos aos consumidores, de forma abundante.

Por outro lado, o crédito empresarial no Brasil enfrenta altas taxas de juros, tornando evidente o seu alto custo e retorno dificultoso, exceto as linhas de créditos fornecidas com financiamentos subsidiados pelo BNDES, que, via de regra, é a menor taxa de juros<sup>265</sup>.

Entretanto, são poucas as empresas que conseguem acessar as boas linhas de créditos fornecidas pelo BNDES<sup>266</sup>, diante da dificuldade de enquadramento nos padrões exigidos de liquidez, garantias e ausências de restrições. Veja-se a lição de Antônio Gledson de Carvalho.

No entanto, o número de empresas que acessam estas linhas de crédito é relativamente pequeno, pois: 1) o volume de recursos do BNDES é inferior à necessidade das empresas domésticas e 2) como estas linhas de financiamento são repasses feitos pelo sistema bancário privado (o banco originador estrutura a operação, concede o empréstimo com os recursos do BNDES e é solidário em caso de inadimplência), a obtenção de recursos de longo prazo está condicionada aos padrões de análise dos bancos privados. Deste modo, a empresa que não consegue obter financiamento de bancos privados dificilmente acessa as linhas do BNDES. Quando nos defrontamos com estas evidências, concluímos que o crédito empresarial no Brasil é muito caro e extremamente restrito.<sup>267</sup>

Restando o crédito bancário comum para a grande maioria das empresas, que acabam acessando esse crédito com altas taxas de juros, prazos curtos, linhas de crédito de socorro imediato, tornando evidente a dificuldade para pagamento, diante das condições impostas na

<sup>264</sup> “O crédito empresarial no Brasil é notoriamente pouco desenvolvido; as taxas de juros praticadas são exorbitantes e acesso ao crédito, bastante restrito.” (CARVALHO, Antônio Gledson de. Lei de Falência, acesso ao Crédito Empresarial e taxas de juros no Brasil. *Revista de Economia Política*, v. 25, n. 1, p. 112-132, jan./mar. 2005, p. 118).

<sup>265</sup> “Assim o BNDES, que fornece crédito subsidiado, aparece como um dos únicos provedores de recursos de longo prazo. As taxas para as linhas de financiamento de longo prazo do BNDES são incomparavelmente mais baixas do que as taxas de juros para capital de giro praticados pelos bancos privados.” (Ibid., p. 120).

<sup>266</sup> “O crédito à pessoa jurídica é caracteristicamente um crédito produtivo e se diferencia por se tratar de recursos que são destinados à firma para investimento. Não que não possa existir, por exemplo, crédito concedido a consumo e custeio da firma (ou mesmo às pessoas físicas, sócias por meio da pessoa jurídica), mas vamos assumir tais hipóteses como uma típica exceção e sem repercussão no número maior. (...) Em geral, o crédito concedido à pessoa jurídica é o crédito que se torna produtivo. Uma empresa que, por hipótese, obtenha crédito para aumentar a sua frota de caminhões e que busca com isso melhorar a distribuição de seus produtos, aumentar suas receitas, e, por conseguinte, o seu lucro, se encontra neste grupo de organizações. Gerará empregos, recolherá tributos e, se a empreitada for lucrativa, um resíduo para os acionistas.” (SADDI, 2007, p. 181.)

<sup>267</sup> CARVALHO, op. cit., p. 120.

contração; assim, o crédito bancário atualmente disponível no mercado é aquele de altíssimo custo e baixa eficiência empresarial.

Destarte o crédito bancário no Brasil, caso não sopesado e analisado com muita organização pela parte contratante empresa, poderá repercutir de forma extremamente impactante no custo final, tornando muitas empresas devedoras e senão superendividadas perante as Instituições financeiras, principalmente pelas altas taxas de juros praticadas nos contratos bancários de créditos.

Dessa forma, verifica-se que o crédito bancário poderá ser utilizado pela empresa, desde que vislumbre de imediato a possibilidade de pagamento das parcelas assumidas, pois caso não consiga pagar em dia poderá cair em um círculo vicioso de empréstimos em que o segundo servirá para pagar o primeiro, enquanto o terceiro servirá para pagar o segundo e assim por diante, não tendo a dívida diminuída e sim aumentada, principalmente se o uso de créditos bancários de emergências tornarem uma rotina na atividade empresarial, considerando que empréstimos emergenciais bancários podem ter taxa de juros acima de 8%, como é o caso da taxa do empréstimo de limite de conta corrente.

Nesses casos, percebe-se que a repercussão do crédito bancário na atividade empresarial pode ser extremamente danosa às pretensões empresariais, pois atualmente pagar juros acima de 5% (cinco) por cento ao mês significa afundar-se em uma dívida praticamente impagável, diante da consideração de que algumas atividades empresariais diante da concorrência e demais dificuldades atravessadas no país, não conseguem superar a margem de lucro de 5% (cinco) por cento.

### 3.1 CAPACIDADE DE PAGAMENTO AO LONGO DO TEMPO E CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

O sistema financeiro nacional é extremamente complexo e a sua existência e funcionalidade dependem de diversos fatores que interligados operam em harmonia; dentre estes fatores, cita-se o cumprimento das obrigações<sup>268</sup> pelos tomadores dos empréstimos sob pena de inviabilizar a atividade bancária, inexistência de novos empréstimos, bem como os

---

<sup>268</sup> “A obrigação é um processo dirigido à realização de uma fim – que é a satisfação dos interesses manifestados no contrato -, a ser obtido mediante a adoção, pelas partes, do comportamento contratualmente esperado, pelo qual respondem. Logo, por sua própria natureza, a obrigação é uma relação temporária, marcada desde o início para se extinguir.” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 21-22)



empréstimos realizados devem estar dentro da legalidade e principalmente do justo pacto, agora sob pena de liquidar o tomador do empréstimo, levando à insolvência, principalmente as pequenas e médias empresas, as que mais se socorrem do crédito bancário.

Destarte que a obrigação nasce para ser liquidada, ser cumprida, somente não sendo honrada em casos extremos e nos contratos bancários de créditos isto não é diferente assim o cumprimento obrigacional firmando principalmente mediante contrato, torna cumprido mediante o pagamento, que por tratar-se de mútuo na maioria das contratações tem o pagamento em prestações ao longo do tempo.

Atualmente as relações obrigacionais se apresentam de forma dinâmica, complexa e em plena evolução, circunscrita em um implexo sistema obrigacional, em que não mais representa apenas um simples pagamento, principalmente nos contratos bancários de crédito. Nesse sentido é a lição de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, veja-se:

Além de considerar a relação obrigacional como sendo uma relação complexa, a doutrina moderna afirma que a relação obrigacional não pode ser vista de forma estática. Pelo contrário, a relação obrigacional se desenvolve como um processo, polarizado pelo seu adimplemento como a satisfação das partes, que é o seu fim. Como todo processo, a obrigação caminha para algo, este algo é o adimplemento que, por sua vez, é o próprio fundamento de existência da obrigação.<sup>269</sup>

Com base nessa complexidade da obrigação, tem-se a incidência no instituto dos princípios contratuais que são expressamente dirigidos à obrigação e sem discussão de aplicabilidade é a boa-fé, que com seus deveres impõe sua observância nas relações obrigacionais, com destaque nos contratos bancários de créditos; novamente cita-se a lição de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, veja-se

De grande importância para a criação da concepção complexa de relação obrigacional foi o reconhecimento pela doutrina, jurisprudência e, mais recentemente, pelo próprio legislador, da incidência do princípio da boa fé objetiva nas relações obrigacionais. Isto porque, a boa fé objetiva tem como uma de suas principais características ser fonte criadora de deveres instrumentais, também chamados de anexos, conexos ou laterais, que compõe a relação obrigacional em conjunto com os deveres principais, mesmo que as partes não tenham expressamente pactuado tais deveres.

Os deveres decorrentes de boa fé, tais como os deveres de proteção, de lealdade, de cuidado e de informação, são considerados instrumentais porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, considerando os legítimos interesses das partes envolvidas na relação e visando alcançar as finalidades que nortearam a criação do vínculo.<sup>270</sup>

---

<sup>269</sup> CORDEIRO, 1997, p. 459.

<sup>270</sup> Ibid., p. 459.

Evidente que o princípio da boa-fé aplica-se na relação obrigacional e amplia o conceito de obrigação e adimplemento, pois estendem-se os deveres obrigacionais, principalmente nos contratos bancários de créditos, em que a boa-fé erige como um dos fundamentos. Nesse sentido veja-se o posicionamento de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

Ao se considerar os deveres laterais criados pela boa fé objetiva como integrante da relação obrigacional, amplia-se o próprio conceito de adimplemento, na medida e que este passará a abarcar todos os interesses envolvidos na relação, estendendo-se dos deveres de prestação aos deveres instrumentais. Ampliando-se o conceito de adimplemento, por conseqüência, amplia-se também conceito de inadimplemento, na medida em que poderá ser ocasionado não só pela quebra dos deveres de prestação, mas pela violação dos deveres instrumentais, impostos pelo princípio da boa fé objetiva.<sup>271</sup>

Nos contratos bancários de créditos, faz importe o destaque observado acima em relação à aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais e no inadimplemento, não sendo de importância a abordagem do caso específico de cada tipo de inadimplemento (exemplo absoluto, parcial, bem como culpa etc.).

Ao lado da boa-fé objetiva do contrato e conseqüentemente da obrigação está também a função social, que são princípios e institutos de fundamental importância para os contratos bancários de créditos.

Assim, harmonia deve operar entre tomador e fornecedor do crédito, o reflexo não é sentido apenas entre as partes, mas, sobretudo, na comunidade em que os contratantes estão inseridos, com melhoria na renda, no emprego, na qualidade de vida, sem contar nos lucros dos pactuantes do crédito; dessa forma, o contrato e o crédito exercerão a apregoada função social, lançada inclusive no Código Civil. Nesse sentido veja-se a lição de Diarone Lopes da Silva:

O ritmo de desenvolvimento e de crescimento de um sistema econômico está relacionado à disponibilidade e ao custo de capital financeiro para a execução de planos de investimentos traçados por agentes econômicos empreendedores. A geração de empregos e renda, que se pode traduzir como melhoria de vida da sociedade como um todo, depende da concretização destes planos de investimentos que, por sua vez, dependem do montante de recursos financeiros que podem ser captados pelos empreendedores. Para as empresas, a origem dos recursos necessários à implementação de novos projetos, bem como para simplesmente se manterem em períodos de baixa liquidez em seu caixa, tem basicamente duas procedências distintas: a subscrição de capital por parte dos sócios (incluindo aí a reversão dos lucros gerados)<sup>272</sup> ou a utilização de recursos de terceiros.

---

<sup>271</sup> CORDEIRO, 1997, p. 460.

<sup>272</sup> SILVA, D., 2006, p. 12.

Embora o crédito seja extremamente benéfico, para contratantes e sociedade como um todo, não é de fácil alcance para a maioria das empresas brasileiras, diante da dificuldade de acessibilidade ao crédito no Brasil, sendo que o crédito bancário um dos mais utilizados no meio empresarial, bem como tem um dos maiores custos<sup>273</sup>.

O crédito bancário não pode ser reconhecido como elemento negativo nas empresas, mas como um meio de incrementar a produção e alavancar a atividade empresarial, devendo para tanto ser obtidos os padrões médios de negociação, de capacidade de pagamento, de possibilidade de cumprimento da obrigação assumida, para assim operar seus efeitos positivos.

A empresa para garantir que irá conseguir honrar com os pagamentos mensais de um crédito adquirido, deve sopesar sobremaneira sua condição de pagamento ao longo do contrato e do tempo, fazendo isto basicamente com análise de faturamento, lucro, vendas, endividamento já existente, para assim poder cumprir o contrato firmado e não obrigar-se a pagar juros e outros encargos de mora, que diante de pequenas e médias empresas, pode até inviabilizá-las, entretanto, atualmente, vive-se a busca pelo crédito e muitas vezes não são sopesadas as condições da contratação e as condições da empresa para o pagamento, levando essas empresas ao superendividamento e até mesmo inviabilidade da atividade empresarial.

### 3.2 ANÁLISE DAS OBRIGAÇÕES NOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE CRÉDITOS

A relação obrigacional está intimamente ligada com a relação contratual, embora sejam situações diferentes; assim, abordar a relação contratual em um determinado contexto,

---

<sup>273</sup> “No Brasil, quando uma empresa opta pela utilização de recurso de terceiros, as opções que lhe aparecem são: o empréstimo oriundo de outra empresa ou indivíduo, o mercado de capitais ou o financiamento bancário. Dentre estas três opções, o empréstimo bancário é o mais utilizado, pois encontrar uma empresa ou pessoa (individual ou em grupo) que possa e queira emprestar é tarefa muito difícil; e, abrir o capital para emissão de ações ou debêntures implica em indesejado custo, financeiro e estratégico, para as empresas como a subprecificação das ações, as despesas administrativas (publicações, auditorias, etc.), e, principalmente, a perda de confidencialidade. Ademais, as regras para a abertura de capital implicam uma série de procedimentos que são estranhos à maioria dos empresários, bem como seletivo nos aspectos do faturamento e do tamanho da empresa. Além do que, a abertura de capital a novos acionistas não é prática do empresário brasileiro, sendo necessária uma série de medidas no sentido de esclarecer a sociedade sobre a emissão de ações e sobre a existência de um rentável mercado secundário. Some-se, ainda, às dificuldades elencadas até aqui, a imprevisibilidade da economia brasileira no longo prazo, que acaba afastando o aplicador do mercado de capitais, cujo longo prazo é o horizonte mais provável.” (SILVA, D., 2006, p. 13).

como no caso em questão, os contratos bancários de crédito e não dedicar uma abordagem obrigacional, seria no mínimo displicência..

Destaca-se que a obrigação está quase sempre ligada ao dever, o dever de fazer algo, de realizar, de cumprir, ou até mesmo de não fazer, veja-se nesse sentido a lição de Fernando de Noronha: “Transcendendo o âmbito do direito, encontramos uma noção de obrigação equivalente à de dever. O dever pode ser entendido na acepção kantiana de exigência interior que o homem experimenta em sua consciência moral, e também na mais restrita, de exigência cujo desrespeito implica sanções.”<sup>274</sup>

Diversos podem ser os conceitos de obrigações, conforme observa Fernando de Noronha em sua obra, analisando caso a caso, sendo a que melhor aproveem ao presente trabalho a seguinte: “Como relação jurídica em que uma pessoa pode exigir de outra uma certa prestação que satisfaz um interessada primeira, enfatiza-se o lato ativo da relação, o direito do credor: obrigação e direito de crédito são, aliás, expressões sinônimas.”<sup>275</sup> Arrematando nos seguintes termos: “Esquemáticamente poderemos representar cada uma dessas obrigações como uma relação linear entre credor e devedor, respeitante a uma prestação.”<sup>276</sup>

A análise apresentada acima, tem claramente o viés dos contratos bancários de créditos objeto do presente estudo.

Assim, os elementos necessários na formação de uma obrigação bancária, instrumentalizada mediante o contrato bancário de crédito, vai exigir o tomador do empréstimo (sujeito passivo, devedor), o banco (sujeito ativo, credor), o crédito, como objeto central da obrigação, sendo as parcelas do pagamento as chamadas prestações debitórias, bem como o vínculo jurídico estabelecido entre as partes o conteúdo da obrigação.

A obrigação normalmente é instrumentalizada mediante o contrato e no caso em tela o contrato bancário de crédito<sup>277</sup> que tem como efeito imediato para o credor um título executivo extrajudicial, gozando assim das prerrogativas do processo de execução perante o devedor, que é mais célere, assim em caso de inadimplemento poderá reaver o mútuo de maneira mais ágil.

---

<sup>274</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.4.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>277</sup> “Os contratos com eficácia obrigacional são aqueles cujas conseqüências jurídicas imediatas se esgotam no nascimento jurídicas se esgotam no nascimento de obrigações e dos correspondentes de crédito. (...) Aqui, por efeito do contrato, as partes adquirem só direitos a pretender determinados comportamentos da contraparte, que, por sua vez, assume a obrigação de mantê-los – precisamente, direitos de créditos e obrigações.” (ROPPO, 1988, p. 213)

Assim, obrigação e contrato estão muito próximos e não obstante muitos dos institutos contratuais aplicam-se às obrigações, nesse contexto pode-se observar a função social da obrigação, e este é o ensinamento de Fernando de Noronha:

Se toda obrigação visa satisfazer um interesse do credor, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, acima deste está o “interesse geral” ou “bem comum”, de que já falavam Aristóteles e São Tomás de Aquino. O que pode ser difícil, na sociedade real, dividida por conflitos de interesses e valores e fortemente influenciada pela ideologias dominantes, é saber que conteúdo deve ser dado ao interesse geral ou ao bem comum.

(...)

Como se disse acima, é no âmbito das obrigações negociais que importa examinar mais detidamente a questão da função social da obrigação. É aqui que se torna necessário assegurar uma apreciação do interesse do credor, em termos de utilidade social. Esse interesse tem de ser legítimo, por satisfazer uma necessidade socialmente valorada como séria e útil.<sup>278</sup>

Ainda, não se pode negar que a relação obrigacional deve observar de perto a boa-fé objetiva, para validar, confirmar e torná-la exequível.

A relação obrigacional, instrumentalizada pelo contrato, não pode deixar de observar em todas as suas fases o princípio da boa-fé objetiva dos contratantes, para ambos os contratantes terem a certeza do cumprimento obrigacional, nesse sentido, veja-se a lição de Teresa Negreiros.

O princípio da boa-fé objetiva atual, nesta ordem de idéias, como o instrumento por excelência do enquadramento constitucional do direito obrigacional, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é do que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito obrigacional.<sup>279</sup>

Todavia não se pode esquecer que as obrigações, principalmente as negociais, primam pela autonomia privada, sem esquecer contudo de observar a função social e a boa-fé das obrigações.

As obrigações, também apresentam-se em relações estreitas com o crédito e o débito, pois são os elementos da relação jurídica obrigacional, tornando assim o contrato bancário de crédito, uma obrigação de natureza complexa, o que para melhor demonstrar, veja-se novamente a lição de Fernando de Noronha:

---

<sup>278</sup> NORONHA, 2004, p. 32.

<sup>279</sup> NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro. Renovar, 1998, p. 270.

O crédito é o débito são os elementos da relação jurídica obrigacional que passamos a ver agora. Mas para os compreendermos, é preciso saber que essa relação pode ser visualizada de dois modos. Numa acepção restrita, que se designa de obrigação simples, ela é apenas um vínculo, constituído por um direito do credor, dirigido à realização da prestação (crédito), e pelo correspondente dever, que recai sobre o devedor, de realiza-la (débito). Numa acepção ampla, que se designa de relação obrigacional complexa, ela é vista na perspectiva da pluralidade de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdade que nela se entrelaçam.<sup>280</sup>

Destarte as obrigações assumidas, nos contratos bancários de créditos, não se limitam apenas ao pagamento das parcelas mensais do financiamento, mas sobretudo nos acessórios contratuais, principalmente as taxas de juros, multas, cláusulas contratuais diversas, encargos contratuais etc, assim se não sopesadas com observâncias a possibilidade técnica da empresa de cumprimento das obrigações assumidas, poderão remeter a empresa a sérias dificuldades e a primeira delas que surge é o endividamento.

### 3.3 SUPERENDIVIDAMENTO DAS EMPRESAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O superendividamento do consumidor pessoa física tem sido tratado atualmente pela doutrina com bastante freqüência, antecipando uma eventual instalação de legislação que venha a proteger o endividado, inclusive com base no direito comparado.

Fenômeno comum nas sociedades de consumo atuais, de acesso ao crédito facilitado, democratizado e pagamento em prestações, o endividamento crônico dos consumidores recebe muitos nomes: sobreendividamento, em Portugal, a esclarecer o extra (sobre) do endividamento que é possível suportar com o orçamento mensal dos consumidores, denominação de inspiração na denominação anglo-saxa, over-indebtedness (EUA, Reino Unido, Canadá); superendividamento, no Brasil, a destacar que é um endividamento super[ior] ao normal e às possibilidades do orçamento mensal dos consumidores, baseados na expressão francesa, superendettement (França) e na germânica, Überschuldung (Alemanha).<sup>281</sup>

Ainda, veja-se:

O superendividamento do consumidor é, na atualidade, um dos temas mais instigantes e socialmente relevantes, no que respeita à proteção do consumidor. Trata-se de um fenômeno social que assola, por fatores diversos, muitas das sociedades ocidentais, que se caracterizam como sociedades de consumo massificado. Todavia, tratar do superendividado é tratar de um tema tão antigo quanto o próprio direito. Desde que o homem começou a fazer trocas, sempre

<sup>280</sup> NORONHA, 2004, p. 59.

<sup>281</sup> MARQUES, 2006, p. 14.

existiram aqueles que não conseguiram cumprir com o prometido. Diante de tal situação, o tratamento dispensado a esses devedores viria com o tempo de uma sociedade para outra.<sup>282</sup>

Entretanto, o mesmo tratamento não é dispensado ao direito empresarial, ficando atualmente as empresas fora dessa discussão, todavia o problema do superendividamento das empresas, perante as instituições financeiras, não é desprezível sendo ponto relevante na atualidade. Assim, vale-se o presente trabalho dos escritos do superendividado, pessoa física, para aplicar-se no que for cabível ao superendividamento das empresas, veja-se: “Podemos definir este fenômeno com a impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo”<sup>283</sup>

Dessa forma, parafraseando o conceito acima apresentado por Cláudio Lima Marques, tem-se que “o superendividamento das empresas apresenta-se com fenômeno de impossibilidade global da empresa de boa-fé de pagar as suas dívidas”.

Poderia se dizer que se estaria à beira da falência, conquanto em alguns casos com possibilidades de recuperação sem acessar o processo falimentar e proceder à discussão judicial dos contratos especialmente aqueles em que a empresa está superendividada oriunda a dívida de contratos bancários de créditos a ação de revisão do contrato, pode atuar como mecanismo de manutenção da atividade empresarial.

Ainda, defende-se a existência de tutela específica de proteção ao superendividado, uma vez que a lei de falências e recuperação de crédito não alcança essa situação intermediária e nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor que não cuidou expressamente da questão, atuando a ação de revisão apenas como um “remendo”, veja-se:

O novo Código Civil Brasileiro, aprovado em 10.01.2002, reforça esta tese da necessidade de se pensar seriamente no Brasil sobre superendividamento, pois ao unificar as obrigações civis e comerciais e ao criar a figura do empresário, deixa ao direito do consumidor – direito especial – a proteção do contratante mais fraco nestas relações mistas (entre civil-consumidor e comerciante-fornecedor). Assim, o privilégio da falência e concordata comercial não mais se sustenta, se em verdade o superendividamento é fenômeno que atinge o consumidor-leigo.<sup>284</sup>

Ademais, o superendividamento das pequenas e médias empresas e dos consumidores atualmente tem sido uma constante, principalmente pela, oferta fácil do crédito, contudo o crédito farto existente no mercado é um crédito de elevado custo e aquele mutuário desinformado acaba por acessar esse crédito e muitos deles não conseguem honrar o

---

<sup>282</sup> MARQUES, 2006, p. 211.

<sup>283</sup> Ibid., p. 14.

<sup>284</sup> Ibid., p. 9.

financiamento, tornando-se um endividado. “O superendividamento dos consumidores é uma preocupação universal em sociedades de créditos e de consumo. De fato, os níveis de consumo não podem ser mantidos sem que alguns bens ou mesmo serviços sejam adquiridos a crédito.”<sup>285</sup>

Por outro lado, o próprio mutuante não tem nenhum interesse em informar com detalhes as conseqüências negativas do atraso no pagamento do crédito, bem como as condições gerais do contrato firmado, levando também a um descontrole contratual de ausência do cumprimento “Não parece haver, da parte dos mutuantes, os cuidados mínimos no emprestar, confiados na liberdade de fixar os juros que incorporam facilmente o custo das transações em pouquíssimas prestações”<sup>286</sup>

Verifica-se ainda um completo abandono dos poderes políticos estabelecidos no sentido de criar mecanismos e financiamento à atividade empresarial, com pelo menos um mínimo de incentivo de práticas de juros baixos, deixando a atividade empresarial sem acesso ao crédito facilitado, restando apenas o crédito bancário que mal negociado ou mal emprestado, pode tornar-se de solução a tormento.

Entretanto, verifica-se, ainda, a possibilidade de discussão dos contratos de créditos no poder judiciário por meio de ações de revisão e de rescisão contratual, as quais em muitos casos são ajuizadas com intuito de procrastinar o pagamento devido ao banco e para a manutenção da atividade empresarial, mas muitos casos servem efetivamente para expurgar valores indevidos.

Vale-se ainda o devedor neste caso da lentidão do poder judiciário, para dar um veredito, o que prejudica tanto o endividado como o banco credor. Neste sentido, Diarone Lopes da Silva:

A eficiência do judiciário, de garantir o cumprimento dos contratos firmados para a realização de operações de crédito bancário, seria um grande incentivo aos bancos emprestadores para a realização de operações que facilitassem o consumo e a produção de bens e serviços na economia. Entretanto, apesar de significarem um precioso incentivo a um acréscimo no volume de recursos financeiros que os bancos destinam às operações de crédito, deve-se ter em mente que a eficiência judicial na inibição da inadimplência bancária não consegue, por si só, reduzir o spread bancário e, por conseguinte, as taxas de juros nas operações de crédito.<sup>287</sup>

Diversos são os elementos que levam ao superendividamento empresarial: no caso em questão, diante do tema proposto, o estudo abordará apenas os aspectos relativos aos contratos

---

<sup>285</sup> MARQUES, 2006, p. 5.

<sup>286</sup> Ibid., p. 9.

<sup>287</sup> SILVA, D., 2006, p. 59.



bancários de crédito, não analisando outros pontos que acrescentam no superendividamento da empresa, tais como fornecedores, fisco etc.

Um dos principais elementos que levam ao superendividamento da atividade empresarial de pequeno e médio porte é o acesso ao crédito, de alto custo, com juros e taxas elevadas, de curto prazo e, principalmente, aquele crédito concedido para o pagamento de dívidas já existentes como fornecedores, salários, jamais o crédito para investimento. “Outros elementos importantes para ilustrar a inadequação do crédito empresarial no Brasil são os níveis dos juros e spreads bancários, que estão entre os mais elevados do mundo.”<sup>288</sup>

O superendividamento empresarial, por contratações desajustadas em contratos de créditos bancários, pode ter conseqüências nefastas a atividades da empresa, sendo a falência a primeira delas, bem como a situação de a empresa perdurar em uma sustentabilidade precária, como atrasos constantes e rotineiros de pagamentos de fornecedores, salários de empregados, atrasos e ausência de cumprimento de obrigações assumidas.

Observa-se ainda que as próprias características e condições estabelecidas no contrato bancário de crédito tendem a impor ao contratante o superendividamento ao contratante, principalmente se não conseguir quitar as parcelas mensais.

Assim, o superendividamento empresarial pode até pôr fim à atividade da empresa, com o fechamento da empresa por falência ou de forma ilegal, como encerramento da atividade empresarial.

Observa-se que a empresa superendividada pode provocar o judiciário para buscar a proteção da tutela jurisdicional, diante da proteção da Lei n.º 11.101/2005, Lei de falências e de recuperação judicial; entretantes, no presente trabalho não se fala nas grandes empresas mas nas pequenas e médias empresas em que um pequeno valor pode inviabilizar a empresa, mesmo diante da dificuldade de acesso a uma recuperação judicial, devido aos altos custos do processo.

Desse modo, as pequenas e médias empresas embora, superendividadas, não têm acesso à lei de Falências e recuperação judicial seja por que o valor da dívida não compensa um pedido de recuperação judicial diante da complexidade e custo do processo e do débito que por se tratar de débito contratual de crédito pode ser revisionado perante o judiciário com uma competente ação revisional, principalmente, vislumbrando a boa-fé do endividado.

---

<sup>288</sup> CARVALHO, 2005, p. 120.

### 3.3.1 A boa-fé do endividado

Já fora mencionado que o contrato bancário de crédito é um negócio jurídico bilateral, e que vem no campo da ciência jurídica, sendo constantemente beneficiado por uma série de mudanças, ou seja, por praticamente uma revolução no campo contratual, em face da tentativa de acompanhar os acontecimentos sociais operados no seio da sociedade e, principalmente, a necessidade de crédito para as pequenas e médias empresas, para incrementarem suas atividades empresariais.

Restou também dito acima que os contratos bancários de créditos, como grande maioria dos demais contratos do ordenamento jurídico estão vinculados obrigatoriamente a diversos princípios contratuais que são observados no Código de Defesa do Consumidor, bem como no atual Código Civil e um dos principais deles é a boa-fé objetiva.

Segundo Teresa Negreiros,

transporta para o domínio das obrigações contratuais, a noção de boa-fé adquire conotações muito diversas das que se inferem da sua vertente subjetiva. A dita boa-fé objetiva, muito além de um critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta.<sup>289</sup>

Não se pode negar que a boa-fé é um princípio contratual dos mais adequados, para resolver diversas pendengas relacionadas a contratações e se ficar evidenciado que o endividado agiu com boa-fé, ao proceder à contratação desproporcional a sua capacidade pode até invalidar o ato jurídico.

A legislação atual, a boa-fé é princípio corrente, tanto na proteção do consumidor, como na relação civil; assim pode ser utilizado rotineiramente nos tribunais, contudo o que se percebe é a ausência de sua mitigação em relação ao endividado, o que não ocorre em algumas legislações comparadas como no caso da Francesa, veja-se:

Foi nesta linha de exigência de conduta conforme a boa-fé objetiva que a Câmara Comercial da mais Alta Jurisdição Francesa (Cour de Cassation) rejeitou um julgado que fazia da discussão sobre a boa-fé ou a má-fé (subjetiva) do credor uma condição de sua responsabilidade porque o próprio fato de fazer o fiador subscrever uma fiança desproporcional as suas rendas é ao seu patrimônio é causa de responsabilização do credor.<sup>290</sup>

<sup>289</sup> NEGREIROS, 2006, p. 120.

<sup>290</sup> MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do Consumidor Endividado** – Superendividamento é crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 238.

No Brasil, diante do estigma que carrega o endividado, invocar a proteção jurisdicional, como tal, seria solicitar sua condenação antecipada, embora esse posicionamento poderá ser mudado, principalmente se depender da doutrina, veja-se:

A boa-fé é presumida. A carga da prova em contrário pertence aos credores e às comissões. Para que a demanda não seja admitida estes precisam provar a má-fé do devedor. A acumulação de numerosos créditos não abala a presunção de boa-fé, tendo-se em vista que uma situação de superendividamento pressupõe a acumulação de dívidas.<sup>291</sup>

Sem contar que a própria Constituição pode ser fonte direta de proteção ao endividado no caso do princípio da solidariedade, encontrado no artigo 1.º, inciso III e art. 3.º, I, e ainda a proteção escancarada da dignidade da pessoa humana protegida na carta maior.

Assim, a boa-fé como princípio geral de direito civil protege o endividado em seus meandros da liberdade, justiça, solidariedade, contudo deve o endividado ter agido com boa-fé antes, durante e após a contratação.

Não se pode olvidar da proteção do endividado com base na legislação, especialmente a boa-fé, “A melhor doutrina aponta as funções da boa-fé objetiva nos contratos bancários e sua influência na imposição de deveres de cooperar e de renegociar esses contratos de forma a evitar o superendividamento do consumidor.”<sup>292</sup>

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva não é instrumento de decoração do imaginário jurídico, mas mecanismo legal de aplicação disponibilizado pelo legislativo aos operadores do direito, para sua aplicação aos casos concretos em que envolva a sua inobservância e nos contratos de créditos isto não é difícil de acontecer. Analise-se a lição de Cláudia Lima Marques:

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei 8.078/90) realmente impõe a transparência (art. 4.º, caput), o princípio da boa-fé objetiva (art. 4.º, III) e ativa proteção do consumidor com base na boa-fé de condutas (art. 51, IV e parágrafo 1.º) e na interpretação dos contratos conforme a confiança despertada (arts. 30, 34, 35, 47 e 48, todos do CDC). Da mesma forma, o novo Código Civil aprovado em 2002 cria deveres com base na boa-fé (art. 422), impõe limites (art. 187) e uma interpretação guisada por esta boa-fé objetiva (art. 113). (...) Geralmente a análise dos contratos, financeiros, de crédito e securitários concentra-se nas cláusulas abusivas presentes nesses contratos ou na aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor a algumas desses contratos, (...) quero concentrar-me nas positivas funções da boa-fé nesses contratos, especialmente no que se refere aos deveres de conduta positiva existentes nestes contratos, se iluminados pelo princípio da boa-fé do Código de Defesa do consumidor, o dever de informar e o dever de cooperar.

---

<sup>291</sup> COSTA, 2002, p. 116.

<sup>292</sup> MARQUES; CAVALLAZZI, 2006, p. 239.

Não se trata de um tema teórico, mas eminentemente prático e valorativo para o julgador, daí sua importância.<sup>293</sup>

Evidenciado que a boa-fé objetiva é instrumento de proteção do consumidor, do empresário, do endividado, enfim de todos que contrataram, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

Valendo-se de escrito adiante demonstra-se como o princípio da boa-fé pode atuar efetivamente na defesa do endividamento, especialmente nas obrigações das instituições financeiras, tais como obrigações de informar e aconselhar,

### 3.4 MECANISMOS LEGAIS DE PROTEÇÃO À EMPRESA SUPERENDIVIDADA

Conforme já mencionado acima, o presente estudo não pretende trabalhar com a proteção jurisdicional da Lei n.º 11.101/2005 (nova Lei de Falências e recuperação judicial), que se aplica nas relações de falência e de recuperação judicial, uma vez que no caso em tela embora se use o termo empresa superendividada, não se trata da empresa falida ou aquela necessária de recuperação judicial, pois no caso em exame o superendividamento advém de pactuações perante Instituições Financeiras, mediante contratação de crédito.

Destarte, nesse caso pode observar-se a incidência de proteção à empresa endividada, o Código de Defesa do Consumidor, quando houver relação de consumo e no caso de relação estritamente empresarial o Código Civil.

---

<sup>293</sup> MARQUES, 2002, p. 216.

### 3.4.1 Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor

A discussão de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, na relação de contratação de crédito, encontra-se superada no presente trabalho diante dos argumentos lançados acima, que são ora reportados.

Contudo, no que diz respeito estritamente à empresa endividada e ocorrendo a relação de consumo, faz necessário tecer as considerações adiante.

O Código de Defesa do Consumidor traz uma série de mecanismos legais, que fornecem à empresa superendividada elementos para enfrentar os problemas do endividamento.

Todavia, não se pode dizer que toda empresa superendividada, que tenha uma relação de consumo na base do seu endividamento tenha ampla e total proteção do CDC; é preciso analisar caso a caso, inclusive perante os tribunais.<sup>294</sup>

Concernente ao tema do endividamento, são as relações contratuais em seu desequilíbrio, direito à informação, esclarecimento e proteção contra a propaganda, bem como a possibilidade de revisão do contrato que deu origem à dívida, que pode o CDC apresentar-se com as maiores contribuições para as empresas endividadas na proteção da tutela jurisdicional.

Conforme já observado, o crédito é instrumentalizado mediante a adesão a um contrato de crédito bancário, que, via de regra, são contratos cativos, ou seja, com pagamentos em parcelas e de forma complexa, com a fixação dos juros, forma de pagamento, exigência ou não de garantia, outras taxas, foro etc. determinando assim o CDC a proteção à confiança do consumidor, especialmente no momento da contratação na formação do contrato, tendo o consumidor (empresa) a obrigação de ser informada, esclarecido de todos os aspectos do contrato, o que, via de regra, dada a rotina e grande número de contratações diárias as instituições financeiras acabam por não obedecer a essa regra básica de defesa do consumidor. Até porque em alguns casos a contratação do crédito pode ocorrer por meio de caixas

---

<sup>294</sup> “Contrato bancário – Relação de Consumo inexistente – Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Falta de prova de que a pessoa jurídica atuou como destinatária final – Improvimento (...) Inaplica-se ao presente caso o CDC, posto que a empresa apelante não se trata de destinatário final, não fazendo prova neste sentido, além de não haver hipossuficiência entre as partes contratantes. (Desembargadora Hilda Teixeira da Costa) Súmula: deram parcial provimento. 1º apelação termos voto reviso. rej.prel.neg.prov.2º. (TJMG Número do processo: 2.0000.00.518020-7/000(1) Relator: HILDA TEIXEIRA DA COSTA Data do Julgamento: 24/11/2005.

eletrônicos e internet, sem contato pessoal com o funcionário do banco, restando prejudicado dessa forma, qualquer esclarecimento detalhado da operação aderida.

Assim, com a aplicação do CDC aos contratos de crédito, quando ocorrer uma relação de consumo, devem ser observados pela instituição financeira requisitos, para não deixar que o consumidor se endivida, cita-se: “- Não limitar a vontade do consumidor, na formação do pacto<sup>295</sup>; - Garantir e proteger a confiança do consumidor do crédito.”<sup>296</sup>

Destarte, a transparência e clareza, na fase de negociação do contrato de crédito, podem amenizar o caos de superendividamento, visto que oferece ao consumidor a possibilidade de reflexão das conseqüências que o contrato assinado trará de obrigações futuras, nesse sentido Claudia Lima Marques, “A proteção da vontade livre do consumidor, finalmente, dá-se com a proteção de sua “vontade racional””.<sup>297</sup>

Ademais, exigir das instituições financeira tal postura não é nenhuma irracionalidade, mas, sobretudo, um direito do consumidor e uma obrigação das instituições financeiras; veja-se a lição de Jairo Saddi.

A concessão do crédito pelas instituições financeiras é regrada por muitos dispositivos esparsos nos vários produtos bancários, mas há três pontos que merecem consideração aqui. Primeiro, há sempre um limite de crédito que um mesmo banco pode emprestar a um cliente individualmente (como meio de mitigar o risco). Segundo, na concessão do crédito, o banco tem a responsabilidade de seguir a boa técnica bancária, ou seja, intermediar e emprestar recursos para quem tiver possibilidade de pagar. Terceiro e por último, cabe ao banco garantir, por meio da competição, que o crédito estará disponível a quem dele precisar.<sup>298</sup>

É evidente que o banco deve sopesar os limites e as conseqüências para a concessão do crédito, devendo, sobretudo, exercer sua obrigação de informar detalhadamente as condições do contrato ao consumidor na formação do pacto, bem como agir com transparência, sob pena de ensejar descumprimento da boa-fé objetiva.

Somente assim o consumidor poderá agir conscientemente de maneira refletida, evitando com isso contratação que não irá cumprir.

<sup>295</sup> “A proteção à vontade livre do consumidor diz respeito especialmente ao compromisso do microsistema legislativo do CDC com a transparência da relação contratual e, portanto, com a proteção da verdadeira manifestação de vontade da parte mais fraca (vontade racional do consumidor)” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40).

<sup>296</sup> “Proteger a confiança do consumidor seja impondo-se deveres de esclarecimento e informação antes da contratação (aspecto positivo da boa-fé), seja proibindo cláusulas abusivas (aspecto negativo da boa-fé).” (Ibid., p. 40).

<sup>297</sup> Ibid., p. 40.

<sup>298</sup> SADDI, 2007, p. 81.

Outro aspecto que devem as instituições financeiras observar é o afastamento de cláusulas nulas no contrato de crédito e dentre elas a principal observa-se a onerosidade excessiva em desfavor do consumidor, que também fere o princípio da boa-fé objetiva, que inclusive será melhor abordado no tópico adiante.

Ainda, o CDC fornece elementos a embasar a revisão e rescisão de contratos perante o judiciário, com elementos para demonstrar eventual ilegalidade e abusos na dívida.

O CDC, embora não seja uma lei específica dos superendividados, ao contrário de outros países que tratam a questão do superendividado com leis próprias<sup>299</sup>, (que não são leis de falência e recuperação judicial), enfrenta a problemática com resultados positivos, pois pode ao menos lançar a discussão ao poder judiciário, principalmente em relação aos aspectos contratuais, afastando assim eventuais ilegalidades, abusos na origem da dívida, podendo ao menos ser expurgado o que não é devido, ou discutir vício de formação do pacto.

### 3.4.2. Da aplicação do Código Civil

Embora o Código Civil Brasileiro não traga nenhuma norma expressa acerca da empresa endividada por contrato bancário de crédito, pode ser protegida diante dos princípios processuais contratuais gerais, lançados no Código como cláusulas gerais, principalmente a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

A boa-fé, ao atuar como criadora de deveres jurídicos, impõe ao contratante as condutas e deveres que devem ser observados antes, na formação, durante e após o pacto, dentre os principais, destacam-se os deveres de cuidado, proteção segurança, informação, esclarecimentos, de prestação de contas, lealdade, cooperação, dever de sigilo. Tais deveres são de maior obrigação às instituições financeiras, que detêm as informações e as possibilidades de cumpri-los, atuando como instrumentos de proteção e até para evitar o endividamento.

---

<sup>299</sup> “A escolha da França como legislação a comparar não poderia ser mais feliz. (Veja sobre o modelo norte-americano e o canadense, os estudos de José Reinaldo de Lima Lopes, Crédito ao consumo e superendividamento – Uma problemática Geral, R. inf. Legisl., 129 (1996, p. 109-115 e RDC 17, p. 57 e ss.) Desde a década de 80 este país, sempre com as luzes do orientador da tese francesa, professor emérito da Universidade de Montpllier e inspirador maior de nosso Código de Defesa do Consumidor, Jean Calais-Auloy, trata o superendividamento com bastante eficiência.” (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. 8).

Não se pode olvidar que a boa-fé<sup>300</sup> é instrumento competente e hábil para demonstrar que muitas das empresas (pequenas e médias) endividadas, encontram-se em situação de devedoras, simplesmente porque o princípio não foi observado, na formação, na contratação e durante o contrato de crédito bancário.

Nesse contexto, Claudia Lima Marques arremata

a ação dos profissionais do crédito no mercado, suas práticas comerciais, a execução das cláusulas previstas nas condições gerais do negócio, não devem trazer prejuízos sem causa e inesperados ao consumidor. A confiança na atuação futura, na estabilidade do vínculo, na sua boa conclusão é uma confiança em última análise no direito, na equidade contratual, na força positiva do princípio da boa-fé.<sup>301</sup>

O princípio da boa-fé atualmente é o mecanismo de maior eficiência na proteção da empresa endividada, contudo está muito longe de proteger de forma efetiva e concreta a problemática que o tema envolve, sendo assim necessária a criação de uma lei específica para o problema, que abarque não só as empresas endividadas, mas também o consumidor nesta situação, visto que o CDC também não consegue proteger na completude que o caso exige.

Contudo, alguns princípios do direito do consumidor e do direito civil podem mitigar essa proteção não de modo completo e pleno, mas atuando de forma a amenizar a problemática do superendividamento e até a sua prevenção.<sup>302</sup> Veja-se ainda a lição de Luciano Benetti Timm, que embora aborde o contexto do direito do consumidor, pode ser aplicada também no contexto do direito civil diante do princípio da boa-fé e da teoria da quebra do negócio jurídico.

A proteção à vontade livre do consumidor diz respeito especialmente com o compromisso do microsistema legislativo o CDC com a transparência da relação contratual e, portanto, com a proteção da verdadeira manifestação de vontade da parte mais fraca (vontade racional do consumidor) seja impondo-se deveres de esclarecimento e informação antes da contratação (aspecto positivo da boa-fé), seja proibindo cláusulas abusivas (aspectos negativo da boa-fé). A clareza e transparência durante a fase de negociação do crédito podem amenizar os casos de superendividamento por oferecer ao consumidor a oportunidade de reflexão efetiva. A proteção da vontade livre do consumidor, finalmente, dá-se com a proteção de sua “vontade racional”, com o cuidado contra cláusulas abusivas e com a teoria da quebra da base do negócio jurídico.” (...) A teoria da base do negócio desenvolvida

---

<sup>300</sup> “Em matéria relativa ao problema social do superendividamento do consumidor, o princípio da boa-fé se impõe em todos os sentidos. A solidariedade e a luta contra as exclusões são imperativos nacionais.” (COSTA, 2006, p. 251).

<sup>301</sup> MARQUES, 1999, p. 52.

<sup>302</sup> “Outra anomalia vivida na realidade brasileira de hoje e complementar à do dito crédito gratuito diz respeito à desinformação sobre a taxa efetiva de juros (art. 52, II do CDC). Em regra profissionais destacam em seus anúncios a taxa mensal, e disfarçam ou omitem dolosamente a taxa anual. Isto para deixar de mencionar que, na realidade, os juros anuais efetivos atingem as alturas dos 80% ou mais (as taxas dos cartões de crédito atingem mais de 100% de juros ao ano.” (COSTA, op. cit., p. 241).



por Larenz (LARENS, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Editora de Derecho Privado, Madrid, 1956), diz respeito sobretudo a uma equânime distribuição dos riscos no contrato, que não poderão ser concentrados apenas na figura do devedor. A teoria da base tem a ver com a impossibilidade econômica no cumprimento da prestação e se vincula com a finalidade real do contrato e procura responder à questão de saber se a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se em face de modificações econômicas sobrevindas (independentemente da capacidade de previsão das partes). Através dela, não se permite que se ultrapassem os limites do que razoavelmente se poderia esperar de uma das partes no contrato, um certo limite no sacrifício em prol da *pacta sunt servanda*; há por assim dizer uma objetivação do negócio jurídico, que deve se ater não somente à vontade, mas ao contexto econômico.<sup>303</sup>

No mesmo sentido é o posicionamento de Claudia Lima Marques, que defende o princípio da boa-fé objetiva na proteção do endividado, agora sob o prisma dos direitos humanos e demonstrando a defesa do endividado não somente no Código de Defesa do Consumidor, mas também no Código Civil, o que demonstra a plena possibilidade de defesa da empresa endividada por meio do princípio, veja-se:

Gostaria de dividir minhas observações em dois momentos, um versando sobre o uso dos lineamentos propostos pelos direitos humanos na concreção da cláusula geral da boa-fé (1), e um segundo, analisando o dever de cooperação dos parceiros contratuais para evitar o superendividamento do parceiro mais vulnerável, dever oriundo da boa-fé, tanto no Código de defesa do Consumidor de 1990 como no novo Código Civil unificador das obrigações civis comerciais, aprovado em 10.01.2002.<sup>304</sup>

Entrementes, não se pode vislumbrar atualmente nenhuma esperança legislativa acerca da questão, principalmente que envolva a atividade empresarial, pois no Brasil, nesse sentido, inexistente qualquer pretensão legislativa no poder legislador, inclusive por tratar-se de tema extremamente complexo, visto que a maioria dos juristas e operadores do direito apontam que a empresa devedora só poderá utilizar-se da leis de falências, para discutir sua dívida, salvo aquelas questões contratuais de revisão e rescisão que adiante serão abordadas, de tratamento corrente não só no Código Civil, mas também no Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>303</sup> Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1330](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1330)>. Acesso em: 01 jun. 2008.

<sup>304</sup> MARQUES, 2002, p. 246.

### 3.5 CAUSAS DO INADIMPLEMENTO DO CONTRATO BANCÁRIO

Antes de adentrar nas questões e causas do inadimplemento obrigacional, que no presente trabalho abordará especificamente o contrato bancário de crédito, necessário algumas considerações.

A primeira observação é a apresentação do conceito de obrigação, a saber:

A obrigação é um processo, dirigido à realização de um fim – que é a satisfação dos interesses manifestados no contrato -, a ser obtido mediante a adoção, pelas partes, do comportamento contratualmente esperado, pelo qual respondem. Logo, por sua própria natureza a obrigação é uma relação temporária, marcada desde o início para se extinguir.<sup>305</sup>

Toda a obrigação nasce para ser cumprida, entretanto durante o contrato podem surgir situações que impõem a impossibilidade do cumprimento ou simplesmente ser deixado de cumprir. Neste sentido, veja-se:

A normalidade do desdobramento programado e tendente ao adimplemento poderá, no entanto, frustrar-se por fatores negativos surgidos contemporaneamente à celebração, ou a ala supervenientes. Entre os primeiros estão os vícios invalidantes do ato causadores de nulidade (p. ex.: impossibilidade absoluta da prestação, art. 166, II do Código Civil), de anulabilidade (p. ex.: vício da vontade por erro – art. 138 do Código Civil), dolo (art. 145 do Código Civil), coação (art. 151 do Código Civil), estado de perigo (art. 156 do Código Civil), lesão (art. 157 do Código Civil), fraude contra credores (art. 148 do Código Civil), ou de invalidez por vício redibitório (art. 441 do Código Civil). O ato existiu, mas é inválido, com ineficácia ampla (atos nulos) ou mera ineficácia (como os atos anuláveis).<sup>306</sup>

Embora relevantes os fatos citados, de causas de extinção do negócio jurídico, no caso em questão importante destacar as causas do inadimplemento no contrato bancário de crédito, buscando suas causas.

Assim, por inadimplemento obrigacional, tem-se como o descumprimento das obrigações (do contrato), seja de forma total ou parcial.

---

<sup>305</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 21-22.

<sup>306</sup> Ibid., p. 21-22.

Contudo, conforme apontado acima, a relação dos contratantes nos contratos bancários de créditos é bastante complexa de forma adesiva e massificada, tornando a discussão de cláusulas e de regras contratuais praticamente impossível na formação do contrato, o que muitas vezes o cumprimento da obrigação assumida torna-se difícil, diante principalmente da imposições das condições contratuais do contrato pelas instituições financeiras.

Fica assim evidenciado que os aspectos contratuais envolvidos nos contratos bancários de créditos de natureza adesiva e massificada, podem tornar-se uma causa do inadimplemento contratual.

Por outro lado, sabe-se que as exigências trazidas nos contratos bancários de créditos são em alguns pontos excessivas, como por exemplo a taxa, o percentual de juros praticado, o que pode ser outra causa de inadimplemento contratual se for elevada acima na média praticada no mercado.

Outros fatores contratuais também podem ensejar o inadimplemento da obrigação assumida no contrato bancário de crédito, tais como cláusulas abusivas, taxas ilegais, práticas cumuladas de correção monetária e comissão de permanência, multas acima do legalmente permitido, onerosidade excessiva, lesão, foro incompetente, dentre outras.

Ainda, fator como a dificuldade financeira das pequenas e médias empresas, que muitas vezes precisam canalizar seus recursos para obrigações de cunho de sustentabilidade da empresa, tais como aluguel, salários de funcionários, água, luz, telefone, são constantes causas de inadimplemento das obrigações nos contratos de créditos bancários.

Destarte, importante identificar as causas que levaram a inadimplemento da obrigação contratual, uma vez que o direito pode atuar amenizando e atribuindo efeitos diferentes, ou seja, autorizando o descumprimento da obrigação se ficar evidenciada a culpa do outro contratante.

O que se verifica atualmente nos contratos bancários de créditos é que basta ocorrer a lesão ou onerosidade excessiva em desfavor do contratante, bem como ofensa no contrato aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato<sup>307</sup>, para ocorrer a alegação de

---

<sup>307</sup> “Atualmente, há três novos princípios que regem qualquer obrigação assumida contratualmente. Estes, ao invés de girarem em torno da autonomia privada, acabam por reduzi-la, coibindo os eventuais excessos causados pela liberdade contratual, outrora ampla e irrestrita. São eles: a boa-fé objetiva, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato e a função social do contrato. (...) Assim, a boa-fé objetiva permite que o dever de solidariedade social imposto constitucionalmente possa contaminar o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes. (...) O princípio da função social do contrato impede que se constituam vínculos capazes de prejudicar a coletividade ou terceiros que, embora não tenham figurado como parte da relação contratual, foram prejudicados pela mesma. Tendo como fundamento constitucional o princípio da solidariedade, a função social do contrato impõe que “os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas” (NEGREIROS, 2006, p. 207). Portanto, o

inadimplemento justificável da obrigação, não que isso justifique sua exoneração do pagamento ou da obrigação por completo, mas lhe servirá como argumento, para que a obrigação seja adequada aos seus padrões de possibilidade de adimplemento, bem como ocorrendo os expurgos do que for ilegal e abusivo,<sup>308</sup> com a efetiva revisão do contrato.

### 3.6 DIFICULDADE DE RENEGOCIAÇÃO

O ordenamento jurídico não traz nenhuma norma específica acerca da renegociação de dívidas nos contratos bancários de créditos, salvo algumas determinações do Banco Central no sentido de obrigar as instituições a procederem a negociações em determinados setores, principalmente o setor agrícola. Nesse sentido, cita-se a Resolução n.º 2.471, do Conselho Monetário Nacional, que assegurou aos devedores do crédito rural a renegociação dos saldos devedores do crédito rural à renegociação, estabelecendo, inclusive o prazo de 20 (vinte) anos para o pagamento.

Contudo, o que se verifica é a existência de mecanismos usados pelas Instituições Financeiras na tentativa de renegociar a dívida e não deixar caracterizada essa situação de renegociação; assim, não se fala em renegociação da dívida, mas em novação.

Destarte, as Instituições Financeiras não pretendem evidenciar a renegociação, como tal, mas como uma novação e isso tem uma justificativa.

---

princípio da função social do contrato acaba por romper com a tradicional relatividade das obrigações, impondo que terceiros respeitem o vínculo alheio, em prol da solidariedade social e impedindo a constituição de pactos que possam prejudicar pessoas determinadas ou a ordem social como um todo. Há um nítido deslocamento das relações obrigacionais do “âmbito exclusivo das disposições de vontade individual para o seio da ordem jurídica.” (Ibid., p. 207) Com isso, evidencia-se a existência de um dever geral de abstenção também no âmbito das obrigações.” (SILVA, Roberta Mauro e. *Relações Reais e Relações Obrigacionais – proposta para uma nova delimitação de suas fronteiras*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 86-87)

<sup>308</sup> “Administradora de cartão de crédito – Código de Defesa do Consumidor – Juros remuneratórios – EC 40/2003 – Função social do Contrato – Lei da usura – Limitação a 12% ao ano – Capitalização – Exclusão. (...) A capitalização de juros afigura-se como prática abusiva, onerando sobremaneira o devedor. Por ser da praxis bancária realizar sua cobrança, ainda que não esteja cabalmente demonstrada, nos autos, sua incidência, cabe sua decotação, quando do recálculo da dívida, porquanto o Poder Judiciário não pode compactuar com tal abusividade. V.v.: As instituições financeiras estão sujeitas às normas do Conselho Monetário Nacional, não se submetendo às limitações da Lei de Usura, prevalecendo os juros remuneratórios consignados nas faturas mensais, conforme previsto contratualmente. - Ainda que não admitida a capitalização mensal, a sua ocorrência precisa ficar demonstrada nos autos para merecer apreciação. - A repetição do indébito pressupõe a cobrança indevida de determinada quantia, inteligência do artigo 42, parágrafo único, do Estatuto do Consumidor.” Súmula: parcial aos recursos, venc. parc. Relator Número do processo: 1.0024.04.516192-4/001(1) Relator: Renato Martins Jacob. Data do Julgamento: 10/11/2005.

As conseqüências de uma novação são totalmente diferentes do que uma renegociação.

Assim, a novação apresenta-se como uma obrigação de extinção da obrigação anterior ganhando novos contornos.

Todavia, o que se verifica nos contratos bancários perante as renegociações intentadas que originalmente advêm de consolidações de débitos anteriores compostos em contrato de limite de crédito em conta corrente, dentre outros, assim a renegociação em eventual discussão judicial necessariamente buscaria a origem da dívida ao passo que com a novação não ocorreria necessidade.

Até porque, em contratos de renegociação de dívidas efetuados pelas instituições financeiras, são as chamadas confissões de dívidas, com exigência inclusive de garantias reais e/ou fidejussórias; assim, discutir sua origem não é interessante para os bancos.

Ademais, é sabido que os contratos de confissão de dívida gozam do privilégio de título executivo extrajudicial, podendo ser executado pelo rito da execução de título extrajudicial, ao passo que alguns contratos bancários tais como o de limite de crédito em conta corrente não gozam de tal presunção<sup>309</sup>.

Além disso, a teoria do artigo 360 do Código Civil, estabelece, “dá-se a novação: I – quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir o anterior”.

Ainda, há que ressaltar o estabelecido no artigo 361 do Código Civil, “Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mais inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.”

Observa-se que toda a tradicional doutrina do direito civil, somente reconhece a existência da novação, quando ocorrer o “*animus novandi*”, e que a simples confirmação da obrigação anterior por novo pacto não pode ser caracterizado novação, exatamente o que ocorre nos contratos de renegociação de dívidas bancárias.

Destarte, a simples sucessão contratual encadeada sobre a obrigação original que é sucedida: e é o que efetivamente ocorre relativamente aos contratos bancários, que no caso da renegociação é apenas determinado o nome de novação, trocando assim instrumentos contratuais sem a condição de título executivo extrajudicial, para um contrato de confissão de dívida, agora com validade de título executivo extrajudicial.

No entanto, ainda não é tudo, as instituições financeiras, embora brigando contra o atual posicionamento da jurisprudência, defendem categoricamente a impossibilidade de

---

<sup>309</sup> Súmula 233 do STJ, “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, não é título executivo.”

revisão do contrato de confissão de dívida, justamente, apegando-se no aspecto de tratar-se de uma novação e não renegociação.<sup>310</sup>

Nesse contexto, cita-se a lição de Norberto Bobbio, "o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com as mudanças das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a sua realização das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade 'sacre et inviolable', foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas."<sup>311</sup> À luz desse ensinamento, cita-se a lição de Izner Hanna Garcia:

No campo específico da contratualística e, especialmente no ramo do Direito bancário, tal afirmação é sumamente verdadeira. Evidente e, infelizmente, a realidade mostra-nos hoje que os homens nem são iguais e nem ao menos são livres. Entretanto, como se disse, ainda persistem conceitos que servem para negar as mudanças. A novação, neste sentido, é um destes baluartes aos quais as instituições financeiras apegam-se para sustentarem e encobrirem operações abusivas. É verdade que, hodiernamente, bancos contratam com clientes as mais variadas modalidades de operações. Estas operações, na grande maioria, não terminam em si, estendendo-se e continuando em uma seqüência de contratos, chamados no jargão de "mata-mata". Neste diapasão, quando o relacionamento jurídico-financeiro é posto sob a luta da revisão judicial, os bancos alegam que as obrigações legais estão extintas, porquanto a novação cobriu seu manto, apresentando somente o último contrato, o qual, geralmente, não representa senão o último mês de relacionamento. Com isso, buscam as instituições financeiras "sepultar", sob a lápide da novação, todos os abusos que foram cometidos nos contratos anteriores, pretendendo, assim, que haja uma nova obrigação, limpa de ilegalidades. Assim, se permitir apenas uma análise formal da questão, estar-se-á homenageando a prática da má-fé nos contratos, ofendendo os princípios da contratualística. Como explanado anteriormente, é prática comum, nas operações bancárias, contratos sucederem-se e encadearem-se em uma cadeia que, por fim, é "fechada" em um "contrato envelope". Contudo, neste encadear sucessivo, na maioria das vezes, tem-se somente um objeto, tal seja, a concessão do empréstimo primeiro, de modo que, a despeito dos contratos posteriores, não há uma nova concessão de crédito.<sup>312</sup>

Assim, o sistema adotado pelas instituições financeiras dificulta em demasia a renegociação de dívidas bancárias, impondo muitas vezes pesados valores a seus clientes que

---

<sup>310</sup> "Negócios bancários. Revisão. Na ação revisional de negócios bancários, pode-se discutir a respeito de contratos anteriores, que tenham sido objeto de novação. Recurso especial não conhecido. (REsp 332.832/RS, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 28.05.2003, DJ 23.02.2005 p. 110). Ainda Veja-se: Recurso especial. Contratos bancários. Novação. Possibilidade de revisão. Prejudicialidade. 1. A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte já pacificou que a renegociação de contratos bancários não afasta a possibilidade de discussão judicial de eventuais ilegalidades. 2. Deferida a revisão dos contratos anteriores, resta prejudicado o exame das demais matérias tratadas nos especiais. 3. Recurso especial do primeiro recorrente conhecido e provido, em parte, e do segundo recorrente julgado prejudicado. (REsp 450.968/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, terceira turma, julgado em 27.05.2003, DJ 28.10.2003 p. 283).

<sup>311</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed. [S.I.]: Campus, 1992, p. 18.

<sup>312</sup> GARCIA, Izner Hanna. **Ilegalidades nos Contratos Bancários**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 153-154.

não têm outra saída senão buscar a proteção da tutela jurisdicional, mediante o ajuizamento de competente ação de revisão de contrato, evidenciando claramente que as instituições financeiras neste aspecto não se preocupam com o princípio da boa-fé objetiva, pois é evidente que o devedor tem diminuída sua condição de adimplemento da obrigação. Nesse sentido, é a lição de Claudia Lima Marques:

Esse é um tema considerado quase “tabu” pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, diante da grande insolvência dos consumidores no Brasil. A verdade é que nas sociedades de consumo consolidadas, o tema do superendividamento é tratado como problema jurídico que as legislações especiais são prestadas para evitar (prevenção) e dirimir esse problema (tratamento), que faz parte do sistema das sociedades de consumo. Nesses países há sempre uma espécie de “falência civil” dos consumidores e suas famílias, a evitar a “morte” total do *homo economicus* – afinal os contratos de consumo devem ser momentos de cooperação e lealdade e não de “destruição” e “falta de opções” do parceiro contratual mais fraco.<sup>313</sup>

Não se pode olvidar que apenas as partes, observando o princípio da boa-fé objetiva, principalmente pela cooperação e lealdade, estão incrementando a renegociação no caso de a dívida não ter sido adimplida, todavia tais determinações muitas vezes não são observadas o que dificulta a renegociação nos contratos bancários de créditos, em que existe atualmente uma gama muito grande de mecanismos de proteção das instituições financeiras na cobrança de seus débitos, a mais importante delas são os cadastros de maus pagadores.

### 3.7 A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS BANCÁRIOS NA PERSPECTIVA DA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

No Brasil, a legislação, diante do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil, flexibilizou a revisão judicial dos contratos, impondo profunda modificação em relação ao sistema adotado pelo Código Civil de 1916<sup>314</sup>, adotando agora uma posição de várias possibilidades de revisão dos contratos.

<sup>313</sup> MARQUES, 2002, p. 246.

<sup>314</sup> “O novo Código Civil cuidou da resolução do contrato por onerosidade excessiva, mas não regulou de forma explícita, a hipótese de revisão judicial. O Código Civil de 1916, a seu turno, não tratou da matéria.” (ALMEIDA, João Batista de. Resolução e Revisão dos contratos. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, Convergências e Assimetrias**. São Paulo: RT, 2005, p. 232).

Inclusive, em razão da mutabilidade das relações civis e sociais, que atualmente sofrem uma frenética modificação, por diversos fatores sociais, culturais, econômicos, afetando diretamente o sistema jurídico e promovendo uma revolução nos sistemas adotados outrora.

Essa posição adotada na legislação, embora em consonância com a atual sistemática contratual, não é unanimidade no direito comparado<sup>315</sup>. Sendo que o direito Francês por exemplo somente adota a teoria da imprevisão, em sua forma pura e nos moldes do antigo Código Civil de 1916, para determinar a revisão judicial de um contrato<sup>316</sup>. Contudo, com a atual situação de complexidade social, de consumo, do contrato e principalmente pela celebração de contratos massificados e adesivos impor a impossibilidade de revisão dos contratos apenas adotando a teoria da imprevisão, não é a melhor posição.

Destarte, embora existam certos exageros patentes no ordenamento jurídico de número significativo de pedidos de ação de revisão ou de rescisão contratual no poder judiciário, que em muitos casos apenas pretendem procrastinar o pagamento do débito, tem-se que a necessidade do sistema jurídico de disponibilizar mecanismos de revisão contratual no atual estágio evolutivo do contrato, que adota cláusulas gerais como regras, bem como dos contratos bancários de créditos, que têm como características a adesividade e são massificados, atua a revisão para amenizar a injustiça, que deixa de ser perpetrada no contrato.

Assim, a revisão contratual serve, sobretudo, para validar os atuais princípios contratuais da boa-fé, da função social e principalmente a dignidade da pessoa humana, visto que o contratante não está mais obrigado a cumprir o pacto a todo e qualquer custo, entretanto no aspecto da atividade empresarial a revisão contratual está vinculada com maior frequência à boa-fé e à função social dos contratos.

Sem contar que a revisão contratual promove a equidade dos contratantes e valoriza o trabalho do juiz pois não se limita na aplicação da dogmática legal, mas, sobretudo, na

---

<sup>315</sup> “Na França, tanto a doutrina como a jurisprudência permaneceram rigidamente fiéis ao princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato vincula as partes contratantes, nos termos das declarações de vontade trocadas, mesmo se imprevisíveis mudanças das circunstâncias fizerem com que os efeitos da avença não mais sejam aqueles desejados pelas partes contratantes. Influenciou essa concepção do *Code* a tradição humanista se manteve na pré-codificação francesa. Não há referência à cláusula, por exemplo, nas “obras magistrais” de Domar e Pothier”. (CORDEIRO, 1997, p. 947).

<sup>316</sup> “A teoria da imprevisão parte do seguinte pressuposto: existe uma cláusula *rebus sic stantibus* implícita a todos os contratos cujas prestações se protraem no tempo, aplicável às “situações-limite”. É pressuposto dessa teoria a existência de uma “modificação profunda da situação de fato” e, como elemento decisivo, que essa alteração seja imprevisível. Então, se sobrevier onerosidade da prestação, mesmo que significativa, mas sendo previsível pelas partes, não haverá fundamento para que o contrato possa ser revisado ou resolvido. O requisito da imprevisibilidade restringe a aplicação da teoria, deixando sem amparo situações que seriam merecedoras de tutela. (FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17).



valorização da exegese de que cada caso apresenta, nesse sentido cita-se a lição de Laura Coradini Frantz, literalmente:

A recondução do contrato à equidade mediante a intervenção do juiz recorre a critérios que não podem ser unicamente objetivos, pois nessa fase há uma tentativa de recriar a proporção originalmente estabelecida pelas partes. Todavia, a modificação do contrato será submetida a critérios objetivos quando os eventos imprevisíveis supervenientes forem tais a alterar não somente a originária relação entre as prestações, mas as próprias razões da troca. Essa possibilidade de reconduzir o contrato à equidade corresponde ao princípio da conservação dos contratos, como expressão de uma mais vasta exigência de certeza no direito e de salvaguarda da circulação dos bens econômicos, caracterizando-se uma obrigação de conservar a possibilidade de adimplir e de conservação da esfera jurídica alheia.<sup>317</sup>

Evidente que no âmbito dos contratos bancários de créditos a revisão judicial, pode representar muito mais que a manutenção do pacto, mas, sobretudo, da atividade empresarial, assim relevante e fundamental a revisão contratual nos dias atuais.

Destarte sob o enfoque do **Código Civil** atual, permite-se a revisão judicial dos contratos bancários, não só porque adota expressamente a teoria da imprevisão, mas, sobretudo, diante do privilégio constitucional que afeta diretamente o direito civil do princípio da dignidade da pessoa humana, que também pode ser utilizado como fundamento de revisão contratual no caso de durante o contrato não for observado ou descumprido.

Contudo, como fundamento expresso de possibilidade de revisão judicial dos contratos bancários de créditos, tem-se a teoria da imprevisão que indubitavelmente possui expressa previsão legal no Código Civil, nos artigos 478 e seguintes, encontrando-se também disposto no artigo 316. Assim, diante da nova ordem contratual existente, a teoria da imprevisão de possibilidade de revisão dos contratos atua como exceção à cláusula *pacta sunt servanda*, em que assegura a intangibilidade do conteúdo do contrato, ou seja, da obrigatoriedade rígida dos termos do pacto.

Destarte, nesse aspecto, a teoria da imprevisão, ou seja, a revisão judicial do contrato atua para determinar o equilíbrio contratual, que fora eventualmente perdido durante a execução do contrato, resgatando assim princípios contratuais, que por sua vez não foram observados na contratação, ou situações que não foram previstas ou ainda informações que foram sonegadas pelos contratantes, deixando assim evidente que para proceder à revisão do contrato não precisa mais fundamentar a pretensão na velha forma da teoria da imprevisão, bastando apenas que os princípios da boa-fé, da função social, da dignidade da pessoa humana não estejam sendo observados na execução do contrato em curso.

---

<sup>317</sup> FRANTZ, 2007, p. 82.

Inclusive, a revisão judicial pode ser promovida, caso um dos contratantes não esteja observando a dignidade da pessoa humana, mesmo que um terceiro na relação contratual, mas que tenha desempenho para que o contrato seja cumprido (exemplo um funcionário). Desse modo, não estaria promovendo apenas o incremento da dignidade da pessoa humana, mas, sobretudo, a função social do pacto. Nesse sentido, é também a lição de Cláudia Lima Marques:

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

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social. Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, como a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.<sup>318</sup>

Assim como a teoria contratual, a teoria da imprevisão também evoluiu e da mesma forma que os contratos foi ao longo do tempo flexibilizando e deixando de ser rígida, para amoldar-se aos contornos atuais. Nesta linha de raciocínio, é o pensamento de Nelson Borges, que aponta cronologicamente os estágios evolutivos da teoria da imprevisão, veja-se:

a) para determinados estudiosos a cláusula *rebus sic stantibus* já nascia implícita nos contratos de execução continuada (contratos de duração sucessiva). O contrato deveria obedecer à mesma base fática ao tempo da contratação, bastando uma causa superveniente e imprevisível para ser resolvido. b) Esta corrente, mais voltada sobre os aspectos de formação do contrato, dispunha que ninguém iria declarar sua vontade de se vincular a outrem sabendo que sofreria uma lesão. c) Uma outra corrente, embasada no plano ético, fundamenta a Teoria da Imprevisão sob o aspecto Moral. Assim, dividiu-se em duas concepções: a primeira fundamentava-se na lesão superveniente e a segunda no abuso de direito. Deve-se mencionar que ambas convergiam para a boa-fé e o enriquecimento sem causa como fundamento para exonerar-se da obrigação contratual. d) Esta última corrente, caracterizando-se como a mais aceita, dispunha que a aplicação da imprevisão estava embasada nos princípios de equidade. Seria um caso de exceção, onde havendo alguma causa superveniente que traga excessiva onerosidade ao contrato, capaz de desestabilizar o negócio, esse poderia ser revisto. O fundamento seria manter o equilíbrio contratual,

---

<sup>318</sup> MARQUES, 1999, p. 75.

consequência direta do princípio da boa-fé e do princípio ético-jurídico da equidade.<sup>319</sup>

Desse modo, verifica-se que o contrato na atualidade, frente à norma civil pode ser revisto, com a invocação da proteção da boa-fé e da equidade, inclusive para dirimir a dificuldade que existe atualmente frente à discussão de validade e aplicabilidade do *pacta sunt servanda*, bem como cláusula *rebus sic stantibus* e seus antagonismos. Veja-se a lição de Nelson Borges:

Analisando o encontro daqueles dois princípios, antagônicos – de um lado, a exigência de respeito absoluto aos pactos regularmente celebrados e, do outro, a atenuação do rigor excessivo da obrigação contratual, e valendo-se, para tanto, da boa-fé, da equidade, da moral e de outros fundamentos, René Savatier explicou que o quadro apresentava duas forças poderosas, originárias da mesma fonte. Uma tentava se firmar, economicamente, em espaço do mundo fático, no campo obrigacional; e a outra buscava seu lugar, em nome da justiça, apenas como regra de exceção quando impossível a conformação à regra geral de respeito à palavra empenhada. Enquanto a primeira se ligava indissolúvelmente à idéia de segurança jurídica, a segunda, conservando e revigorando a mesma idéia, procurava se manter no contexto social baseada na equidade, entre outros suportes.<sup>320</sup>

Desse modo, a boa-fé, atuando no contrato como elemento ensejador da revisão judicial do pacto, atua como princípio de equilíbrio da relação contratual, sem contudo extrapolar seus limites de atuação, não afetando os demais institutos de forma a invalidá-los, aliás, pelo contrário pois acaba por validá-los.

A possibilidade de revisão judicial dos contratos não tem somente como base a teoria da imprevisão e muito menos a ofensa ao princípio da boa-fé; encontram-se diversos outros fundamentos que determinam a revisão judicial dos contratos.

Destarte a onerosidade excessiva, nascida por determinação da imprevisão, foi incorporada no sistema jurídico não pelo Código Civil, mas pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>321</sup>, contudo confirmada no artigo 478 e outros do atual Código Civil<sup>322 323</sup>, que

<sup>319</sup> BORGES, Nelson. **A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>321</sup> "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas."

<sup>322</sup> Art.478. 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.

<sup>323</sup> Art.480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

também aderiu à onerosidade excessiva para determinar a possibilidade de revisão do contrato.

Outra determinação legal expressa de privilegio à revisão do contrato é a norma estabelecida no artigo 479 do Código. “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato” Nesse artigo, ocorre a possibilidade de revisão com a resolução contratual.

Conforme apontado na introdução, o presente trabalho analisa a jurisprudência. Dessa forma, faz necessário consignar a existência da súmula 286 do Superior Tribunal de Justiça<sup>324</sup> que admite a possibilidade de revisão de contratos objeto de novação, bem como acolhe a jurisprudência a revisão de contratos findos.<sup>325</sup>

Outra construção da jurisprudência é a possibilidade de revisão do contrato de alienação fiduciária de bens móveis, mesmo que o decreto-Lei 911/69, proíba expressamente<sup>326 327</sup>.

Assim, fundamentos do próprio direito privado, como um todo, podem ensejar a revisão contratual, pois além do princípio da boa-fé objetiva, onerosidade excessiva, lesão, o princípio da função social, a proibição do não-enriquecimento sem causa, apenas para citar alguns como exemplo, são fundamentos para a revisão contratual e naturalmente que no contexto atual de adoção de cláusulas abertas o operador do direito deve analisar o caso concreto e buscar a fundamentação que melhor se encaixar no caso e requerer a proteção da tutela jurisdicional para determinar a revisão do contrato ser for o caso de possibilidade e necessidade, principalmente com os princípios gerais do direito civil colocado à disposição do julgador, a boa-fé objetiva dos contratantes e a função social do contrato.

Ainda conforme demonstrado no presente trabalho, observa-se que a defesa do consumidor gira em torno do princípio da boa-fé objetiva que está centrado na lealdade, informação, transparência, equidade, seriedade e veracidade, para assim ocorrer o equilíbrio

---

<sup>324</sup> “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”

<sup>325</sup> “Contrato bancário. Capitalização mensal de juros. Revisão de contratos findus. - A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores (SÚMULA 286.) (AgRg no AgRg no REsp 809.333/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, terceira turma, julgado em 16.05.2006, DJ 05.06.2006 p. 281).

<sup>326</sup> “Civil e processual. Agravo regimental. Contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. Incidência do CDC. Revisão de contrato.(...) I. Aplicam-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor, no que pertine à possibilidade de revisão dos contratos, conforme cada situação específica. (AgRg no REsp n. 706.368/RS, Relatora Ministra Nancy Andrichi, unânime, DJU de 08.08.2005) (...) Agravo improvido. (AgRg no REsp 1025842/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, quarta turma, julgado em 15.05.2008, DJ 23.06.2008 p. 1).

<sup>327</sup> “Parágrafo transcrito é do artigo 3.º - Parágrafo 2.º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.”

contratual, inclusive, se for o caso, mediante a revisão judicial do contrato, o que é tônico do Código de Defesa do Consumidor.

O **Código de Defesa do Consumidor** é originário de uma ordem da Constituição de 1998, e ao contrário do sistema legal (poder legislativo) que tem como característica criar muitas leis e na maioria inócuas ou de péssima técnica legislativa, o CDC promoveu uma revolução no direito privado brasileiro introduzindo a modernidade das regras jurídicas, principalmente a nova teoria contratual, que já havia sido implantada em países Europeus, há décadas, sendo inclusive o Código Civil promulgado anos após, embora de caráter modificatório, sem o caráter de promover uma revolução no Direito.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor promove por várias passagens em seus dispositivos legais a possibilidade e necessidade de revisão do contrato, seja por onerosidade, seja por lesão, por cláusulas abusivas, dentre outras, com clareza lapidar. Veja-se o que dispõe o artigo 6.º, inciso V: “Art.6º. São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

O dispositivo legal acima transcrito tem como fundamento para a revisão judicial do contrato a onerosidade excessiva, ou seja, causa superveniente para a revisão, não havendo sequer necessidade de falar-se em teoria da imprevisão para fundamentar a revisão do contrato.

Em se tratando de revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor, não se pode deixar de citar o disposto no artigo 51 do mencionado Código, que determina o reconhecimento de nulidade de cláusulas, assim estabelecendo:

Art.51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

§1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

[...]

III – se mostre excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

[...]

§2º 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.

Verifica-se a preocupação do legislador em manter o contrato, ou seja, proceder à revisão em detrimento de sua rescisão, expurgando, retirando ou adequando as cláusulas abusivas. Nesse sentido, veja-se a lição de João Batista de Almeida:

As cláusulas abusivas têm fundamento jurídico no princípio da boa-fé, que informa as relações contratuais de consumo, mas que permite aplicação também a outras modalidades, como as de locação e as de alienação fiduciária. O reconhecimento da nulidade *pleno jure* de determinada cláusula tida por abusiva conduz ao seu expurgo, mas não à resolução 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 e o expurgo das cláusulas abusivas. O Código de Defesa do Consumidor, além do princípio da boa-fé, adotou o da equidade ou do equilíbrio entre as partes contratantes. Para obter este último elencou e sancionou com nulidade de pleno direito as cláusulas abusivas, especialmente aquelas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV), isto após vedar ao fornecedor “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (art. 39, V).<sup>328</sup>

Assim, pode se dizer que além da proteção do consumidor pelo princípio da boa-fé objetiva, o CDC também prioriza a função social do contrato pela sua manutenção.

Destaca-se que a revisão contratual, na forma atualmente como encontra-se estabelecida, no Código de Defesa do Consumidor, como no Código Civil, serve, sobretudo, para instrumentalizar a dignidade da pessoa humana<sup>329</sup>, bem como para a manutenção da atividade empresarial, frente, inclusive, a alguns abusos que são ainda praticados pelas Instituições Financeiras nos contratos bancários de créditos.

### 3.8 O EQUILÍBRIO DE OBRIGAÇÕES NO CONTRATO BANCÁRIO E SEUS EFEITOS NA VIABILIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Observa-se que o equilíbrio das obrigações contratuais nos contratos bancários de créditos existe no ordenamento jurídico, conquanto tais contratos sejam considerados de adesão, “pelos quais uma parte, previamente estipula as cláusulas (predisponente) e a outra

<sup>328</sup> ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 143-150, jan./mar. 2000, p. 145.

<sup>329</sup> Nesse contexto, tem-se que a dignidade da pessoa humana, atualmente não é privilegio somente de nossa legislação (Constituição), veja-se “Dans les constitutions espagnole et française, le principe de dignité de la personne humaine ne peut être classé dans la catégorie de droits fondamentaux même s’il est intrinsèquement lié à cette catégorie. (GIMENO-CABRERA, Véronique. **Lê traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine**. Paris: LGDJ, 2004, p. 268.

(aderente), simplesmente, aceita-as, sem oportunidade de discuti-las”<sup>330</sup>, bem como são contratos massificados, mesmo que empresariais.

Assim, é evidente que ocorre limitação à vontade do contratante, bem como impondo dificuldade à liberdade contratual<sup>331</sup>, porque no caso dos contratos bancários de crédito, a parte economicamente mais forte, a instituição financeira, além de controlar a situação contratual também domina a contratação, diante inclusive das limitações econômica e técnica do aderente.

Em contrapartida, para equilibrar a relação contratual, a legislação criou mecanismos de proteção ao contratante, que no caso de consumidor, em situações em que houver a caracterização da relação de consumo, já que se fala de relações empresariais, deve observar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor que pelos seus institutos e mecanismos tem natureza eminentemente protetiva do consumidor, equilibrando a relação contratual.

Dentro da gama de proteção ao consumidor, cita-se a plena e total possibilidade de revisão judicial do contrato, conforme citadas as hipóteses acima. “As empresas que contratam com os bancos não o fazem numa situação de igualdade, mas em verdadeiros contratos de adesão, em nítida inferioridade. É preciso recompor o equilíbrio.”

Conforme já abordado, a revisão judicial do contrato não só promove a manutenção do pacto, mas também da atividade empresarial principalmente porque promove a igualdade e equidade entre contratantes, no âmbito do Código Civil e ainda do Código de Defesa do Consumidor.

Os mecanismos benéficos instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor, tais como a facilidade de sua defesa na esfera judicial, a possibilidade de inversão do ônus da prova<sup>332</sup>, bem como a anulabilidade de cláusulas contratuais abusivas, conforme apontado no

<sup>330</sup> MARQUES, 1999, p. 102.

<sup>331</sup> “A liberdade contratual, enquanto liberdade de celebrar, de escolher o outro contratante e de fixar o conteúdo, a forma e o modo de extinção do ajuste, perfaz a expressão da autonomia privada no âmbito dos contratos. Ou seja, a liberdade contratual configura um instrumento técnico-operativo de um outro princípio mais amplo, a autonomia privada. (BELMONTE, Cláudio. **Proteção Contratual do Consumidor**. Conervação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal. São Paulo: RT, 2002, p. 65).

<sup>332</sup> “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - 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;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

artigo 51 do CDC, interpretação de cláusulas como favorecimento do consumidor, dentre outras, proteção ao consumidor, com o intuito de equilibrar a relação contratual.

No âmbito do Código Civil, embora tutele relação de iguais, existem algumas regras que podem ser aplicadas para determinar o equilíbrio da relação contratual de crédito bancário.

O mais destacado de todos é o princípio da boa-fé objetiva que atua manifestamente impondo às partes obrigações e respeito ao direito do outro, evidenciando que se observado por ambos os contratantes privilegia o equilíbrio da obrigação. Nesse sentido, veja-se a lição de Cláudio Belmonte:

Conforme destacamos na introdução, passamos agora a analisar os reflexos do princípio da boa-fé objetiva, gerados pela instauração da sociedade massificada. Desde logo, adiantamos que, ao contrário do que se verificou na liberdade contratual que teve, de certo modo sua força minorada, foram majorados a importância e o destaque da boa-fé objetiva. Assim, como brevíssima notícia histórica, temos que a corrente doutrinária que apregoava o princípio em tela começou a alcançar notoriedade nos anos 70; entretanto, o respaldo jurisprudencial somente passou a aparecer na década seguinte. Esse princípio surge respaldado em mais uma cláusula geral de que tanto do Direito das obrigações tem se valido hodiernamente. A boa-fé, enquanto objetivamente considerada, configura uma cláusula geral dos contratos, com a inerente elasticidade de que são dotados tais esquemas, e com o conseqüente alijamento de soluções perfeitamente encaixadas aprioristicamente em seus preceitos e ensejando soluções formalmente acabadas. Considerando que consiste num princípio norteador da conduta das partes, segundo critérios gerais de orientação, tem seu significado como seriedade e liberdade no comportamento dos contratantes. Em seu sentido objetivo, implica aos contratantes comportamentos corretos, honestos e leais em ordem à prossecução plena do fim contratual. Destarte, vemos a boa-fé objetiva como um limite do conteúdo contratual, tratando-se um parâmetro judicial para dar validade às respectivas disposições (condições gerais, ou não). Impõe-se aos contratantes que assumam uma postura de colaboração ativa, no intuito de satisfação das expectativas da outra parte proporcionando, para tanto, que esta conheça profundamente a real situação que constitui objeto das negociações. Com efeito, essa norma princípio não possui um mero cunho negativo de não fazer.<sup>333</sup>

Ademais, o próprio princípio da boa-fé, impõe às partes não agirem com deslealdade, ou seja, determina justamente o contrário, os contratantes devem agir com lealdade e respeito.

Devem também os contratantes expressamente protegerem a confiança, lealdade

VII - 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 necessitados;

VIII - 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;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

<sup>333</sup> BELMONTE, 2002, p. 75.



Ainda devemos ressaltar uma outra exigência decorrente da boa-fé objetiva, e que pode ser enquadrada no seu braço obrigacional de lealdade, qual seja, proteger a confiança gerada numa parte contratante em face de atitudes tomadas pela outra. Dessa forma, mediante o que se denomina por *venire contra factum proprium*, é vedado que um contratante almeje pretensão contraditória ou incompatível com a sua conduta anterior.<sup>334</sup>

Sem contar os deveres positivos impostos aos contratantes de informação, proteção, respeito etc, que no caso dos contratos bancários se observados, efetivamente, equilibram a relação contratual existente entre os contratantes.

Não esgotando o tema, contudo reforçando os argumentos, ainda faz necessário observar que dentro do princípio da boa-fé, as partes devem agir com equidade, o que na lição de Paulo Nalin sobressai o que chamou de “justiça Social”. veja-se “a boa-fé objetiva encerra o circuito da atual justiça contratual, somada a princípios contemporâneos outros, dela derivados – transparência, confiança, equidade – sendo o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo<sup>335</sup>, ainda disse:

Uma derradeira palavra: a equidade contratual inspira um novo modelo de justiça, rompendo com o perfil dogmático (absoluto) do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). É claro que o *pacta sunt servanda* ainda vige no sistema contratual brasileira e continuará vigendo, mas não pelo argumento de que sobe ele se edifica a idéia de segurança jurídica nas avenças, uma vez afirmado que justiça contratual reside na comutatividade da relação, pois a atual segurança jurídica se situa na condição de poderem os contratos cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excessos.<sup>336</sup>

No aspecto analisado, em que a boa-fé objetiva promove o equilíbrio contratual entre as partes, demonstrando que o legislador brasileiro andou muito bem ao adotar o princípio no Código de Defesa do Consumidor e confirmá-lo no Código Civil, necessário citar a lição de Claudia Lima Marques:

Das funções do princípio da boa-fé objetiva, porém, a mais utilizada é a função interpretadora com expressa menção ao art. 47 do CDC, como norma concretizadora do princípio e norma que esclarece a conexão entre o negócio principal de consumo e os negócios acessórios, que até comerciais podem ser. Observa-se igualmente que a jurisprudência exige um grau mais alto e qualificado de conduta segundo a boa-fé quando se trata de contrato de adesão de consumo. Esse impressionante exercício de concretização de uma cláusula geral de realização do Direito dos juízes (*Richeterrecht*) leva-nos à conclusão que andou muito bem o legislador do Código de Defesa do Consumidor ao confiar que no judiciário

<sup>334</sup> BELMONTE, 2002, p. 76.

<sup>335</sup> NALIN, 2006, p. 139.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 143-144.

brasileiro incluir de forma expressa os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual.<sup>337</sup>

Corrolária do pensamento acima é a lição de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, que ao indicar os deveres acessórios da boa-fé, leva à necessária conclusão de que a boa-fé inevitavelmente promove o equilíbrio contratual.

Os deveres acessórios de proteção constituem a versão actuante na vigência de um contrato das adstrições pré-contratuais patentes no caso do linóleo. Por eles considera-se que as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidas danos mútuos, nas suas pessoas, ou nos seus patrimônios. (...) Os deveres acessórios de esclarecimentos obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. (...) Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilíbrio o jogo das prestações por elas consignado.<sup>338</sup>

É evidente que a boa-fé promove o equilíbrio entre os contratantes dos contratos bancários de créditos, diante de sua natureza de obrigar as partes a cumprir a lealdade, equidade, transparência, confiança, acompanhando inclusive a mutabilidade das relações civis, sociais e culturais, que diante do atual estágio tecnológico, mudam de forma frenética, tendo o aplicador do direito neste contexto o “remédio” adequado para solucionar a possibilidade de revisão do contrato, a boa-fé dos contratantes,

Necessário valer-se do posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, “A boa-fé acolhe um princípio ético, fundado na lealdade, confiança e probidade. Caberá ao juiz constituir a conduta que deveria ter sido tomada pelo contratante levando em conta ainda os usos e costumes.”<sup>339</sup>

Ademais o equilíbrio das obrigações não é promovido somente pela boa-fé objetiva, mas também pela função social do contrato que atua na promoção da igualdade e equidade do contratantes, neste sentido cita-se a lição de Rogério Ferraz Donnini:

Essa função social, portanto, propicia a relação existente entre as partes um procedimento, visto que contratações desproporcionais, que acabam por lesar, prejudicar um dos contratantes em detrimento do outro, são vedadas. Assim, qualquer cláusula excessiva, abusiva, vexatória não se coaduna com a concepção social do contrato. Exemplo de disposição abusiva é o rol do art. 51 do Código de

---

<sup>337</sup> MARQUES, 2002, p. 235.

<sup>338</sup> CORDEIRO, 1997, p. 604-606.

<sup>339</sup> GONÇALVES, 2004, p. 36.

Defesa do Consumidor, que também se aplica às relações entre particulares, regulado pelo novo Código Civil.<sup>340</sup>

De passagem, relevante dizer que diante da facilidade de revisão dos contratos, frente ao posicionamento flexibilizado adotado pelo Código Civil, conforme já demonstrado acima, ajuda e equilibra as relações entre os contratantes, verificando-se que atualmente o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil podem convergir na revisão judicial do contrato principalmente porque ambos protegem a boa-fé objetiva, a função social<sup>341</sup> e a dignidade da pessoa humana<sup>342</sup>, que são os requisitos necessários para a revisão do contrato, adotando cada diploma algumas particularidades, todavia com a mesma finalidade e intuito.<sup>343</sup>

Tem-se que de todo modo, os contratos, sejam de adesão ou não, não podem prejudicar uma das partes em detrimento de beneficiar a outra, pois, nesse caso, princípios atualmente consagrados na legislação não estariam sendo observados tais como a igualdade e principalmente a boa-fé objetiva dos contratos.

---

<sup>340</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114.

<sup>341</sup> “Apelação cível – Abertura de crédito em conta corrente – Revisão do Contrato – Código de Defesa do Consumidor – Incidência nas relações envolvendo instituições financeiras – Súmula 297 do STJ – Revisão de cláusulas contratuais – Possibilidade – Inteligência dos artigos 6º, V, e 51, e seus §§, do CDC e 421 e 422, do Código Civil. – (...). Essa possibilidade de revisão se insere nos princípios também consagrados pelo Código Civil vigente, de condicionar a liberdade de contratar “em razão e nos limites da função social do contrato”, obrigando que os contratantes guardem, “assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (arts. 421 e 422).(…)” TJSC Acórdão: apelação cível 2005.030902-0 Relator: Paulo Roberto Camargo Costa. Data da Decisão: 31/05/2007.

<sup>342</sup> Nesta situação veja-se o posicionamento de Nelson Rosenthal “Até agora, nosso esforço se dirigiu à conceituação e ao dimensionamento da dignidade da pessoa humana para, somente neste instante, perscrutarmos a sua inserção e eficácia no contexto constitucional. Não poderia haver outro percurso, afinal a dignidade não é produto de uma elaboração legislativa, mas um valor supremo a ser agasalhado por qualquer ordem democrática” (ROSENVALD, s.d., p. 34).

<sup>343</sup> “Afora esses aspectos de tratamento legislativo, os demais pontos apresentam-se assimétricos, a dizer, os dois diplomas legais trataram o mesmo de forma diversa. A) o novo Código Civil tratou mais amplamente da resolução por onerosidade excessiva em contrato cumutativo de execução continuada ou diferida, exigindo os seguintes pressupostos: onerosidade excessiva para uma das partes, com vantagem exagerada para a outra, e ocorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários (art. 478. Já o CDC previu a revisão do contrato como direito do consumidor, sem acolher à teoria da imprevisão, satisfazendo-se com a ocorrência de fato superveniente causador de onerosidade excessiva (art. 6.º, I). Nesse sentido, há manifesto afastamento das normas. b) o novo Código Civil, apesar de não regular explicitamente a revisão judicial por onerosidade excessiva (art. 478), admite a sua aplicação, pois admite o mais (resolução), tornando cabível também a revisão. Enquanto isso, o CDC dispõe especificamente sobre a revisão contratual. c) o novo Código Civil contém uma figura revisional – a do art. 479 -, que depende da concordância do réu. No CDC não há previsão legal a respeito, mas é indubitoso que o réu (fornecedor) pode reconhecer o pedido do autor (consumidor) e as partes podem transigir, em ambos os casos levando à extinção do processo com julgamento do mérito (CPC, art. 269, II e III). D) nova assimetria na hipótese de contrato com ônus excessivo a uma das partes. O novo Código Civil autoriza, na hipótese, a revisão do contrato com a redução das prestações ou a alteração do modo de sua execução (art. 480). Para o mesmo caso, o CDC oferece a possibilidade de resolução do contrato (art. 51, parágrafo 2.º)”. (ALMEIDA, 2000, p. 246).

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, observa-se que o sistema legal pelo Código Civil Brasileiro recepcionou os princípios sociais do contrato, uma década após o advento do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe a inovação contratual. Dessa forma, o Código Civil, nos aspectos contratuais, inovou muito pouco, inovação essa operada pelo Código de Defesa do Consumidor; entretanto, comparados os dois diplomas legais com o Código Civil de 1916, com vigência de quase um século, fundamentado na ideologia liberal, oitocentista e moderna do contrato, tornou-se uma revolução a introdução no meio jurídico do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

Ademais, não se concebia a perpetuação do Código Civil de 1916, frente à nova determinação constitucional estabelecida, principalmente da constitucionalização do direito privado, pois hodiernamente o mundo jurídico precisa de instrumentos efetivos, não mais estabelecidos em quase “dogmas”, como aqueles determinados pelo direito civil oitocentista e novecentista (baseados na vontade). Assim, para abarcar a complexidade das relações sociais, culturais, modificadas de forma incessante atualmente, principalmente pela tecnologia, informação, consumo, somente mecanismos instrumentalizados por cláusulas abertas, tais como boa-fé objetiva e função social do contrato, para dar conta das relações jurídicas atuais, com grande flexibilidade e abrangendo maiores possibilidades, principalmente por tratar-se de mecanismos jurídicos de vasta possibilidade de tutela.

Verifica-se que a adoção dos princípios sociais do contrato, com a nova ordem contratual, chega ao Brasil, com décadas de atraso, uma vez que algumas nações da Europa já adotam tal posicionamento desde a década de 50, todavia embora tardia, mas eficiente principalmente para regulamentar as relações privadas, de consumo e de iguais, diante do crescimento da concentração empresarial e do capital, em detrimento da vulnerabilidade das pessoas, que não encontram poder de negociação e discussão contratual, diante dos mecanismos existentes de contratação, evidenciando o contrato de adesão, bem como a contratação em massa, em que o contrato encontra-se elaborado e pronto para ser assinado, mormente nos contratos de crédito bancário, objeto de análise do presente trabalho.

Não se pode negar que os princípios liberais do contrato, (*pacta sunt servanda*, força obrigatória dos contratos, autonomia para contratar), definitivamente não são suficientes para atender à atual complexidade contratual, sobretudo, à problemática dos abusos, bem como da massificação e adesividade.

Entretanto, não foram banidos na ordem jurídica, existindo, assim, aplicáveis nas relações privadas, contudo sob uma leitura atual, sob pena de torná-los inaplicáveis e inválidos, bem como sob a influência e parceria dos atuais princípios contratuais, principalmente a boa-fé objetiva e a função social do contrato, que na atualidade “temperam” a aplicação dos mesmos, de tal forma a flexibilizar a dureza dos mencionados princípios com a realidade de hoje.

No âmbito específico dos contratos bancários de crédito, pode se dizer que existe um verdadeiro emaranhado de legislação aplicável, no entanto verifica-se de aplicação imediata da Constituição Federal da República, o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, vasta legislação extravagante, sem contar a subnormatização realizada pelo Conselho Nacional Monetário e o Banco Central do Brasil.

Assim, verifica-se a aplicabilidade imediata da Constituição da República nos contratos bancários de créditos, todavia discussão existe em relação à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, fazendo necessário destacar que quando houver uma relação de consumo patente entre fornecedor e consumidor esta relação terá a incidência do CDC, posição essa adotada pela teoria finalista ou subjetiva, a qual a dissertação defende; porém quando não houver uma relação de consumo fica difícil defender a aplicação do CDC, conquanto a teoria maximalista ou objetiva defenda a incidência do CDC na relação.

Já o Código Civil, cuidou muito pouco dos contratos bancários de créditos, o fazendo de maneira geral, sem adentrar nas particularidades, contudo suas anotações gerais podem influenciar em demasia a contratação de crédito, especialmente em relação às garantias, o que não se pode dizer o mesmo em relação aos juros, pois não tipificou o regime dos juros no contrato bancário de crédito, e não o fez de maneira proposital, pois regular a matéria seria “amarrar” uma situação, que não pode ser amarrada, diante do dinamismo e velocidade em que o tema tem que ser tratado, diante do mercado de capitais que regula a questão, não de forma legal, mas de maneira mercadológica, bastando para tanto verificar-se as necessárias intervenções das autoridades monetárias atualmente frente à crise norte-americana e a medida mais usada é a variação da taxa de juros, a taxa SELIC, enquanto que aquela praticada no âmbito dos contratos bancários de créditos, são as taxas de mercado.

Assim em relação aos juros, a matéria é regulada de perto pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil, não ocorrendo no direito Brasileiro em relação aos Contratos bancários de créditos tabelamento de juros, restando regulamentado pelo mercado, lei da oferta e procura; diante da necessária flexibilidade que deve ter o mercado para a questão.

Destarte, o que existe é a extrapolação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, na regulamentação de questões vinculadas ao direito bancário e contratos bancários de créditos, que em muitas casos extrapolam o limite da competência que lhe é atribuída pela Constituição Federal, com edição de normas, regulamentos, resoluções, ordens e etc, que invadem a competência do Poder Legislativo, devendo assim o Supremo Tribunal Federal, como controlador do limite do Banco Central, julgando a constitucionalidade e inconstitucionalidade dos atos normativos praticados pelo CMN e BACEN, o que é de extrema importância, para o equilíbrio dos três poderes da República.

No regime das garantias, nos contratos bancários de créditos existem duas grandes discussões, a primeira delas, é acerca da possibilidade ou impossibilidade de prisão do depositário infiel, tendo os tribunais estaduais fixado posicionamento do sentido de afastar a prisão do depositário infiel no contrato de alienação fiduciária, enquanto que o STJ, embora com forte tendência de determinar a prisão civil do depositário infiel ainda não sacramentou a questão, que aliás no STF, encontra-se sólida no sentido de reconhecer a possibilidade de prisão de depositário, discussão gerada pela aplicação ou não de recepção pelo ordenamento jurídico do Pacto de São José da Costa Rica, que não admite a prisão civil por depositário infiel; assim aqueles que defendem a aplicação e recepção pelo ordenamento jurídico do Pacto de São José da Costa Rica, afirmam pela impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, ao passo que aqueles que defendem a não aplicabilidade, não recepção do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico, dizem pela possibilidade de prisão do infiel depositário.

A análise em questão se impõe por tratar-se da alienação fiduciária um dos mais tradicionais contratos bancários de créditos, embora de maior aplicação ao crédito pessoal e não empresarial, ademais a dicotomia em que os Tribunais pátrios tratam da questão, ora reconhecendo o depositário como infiel e lhe determinando a prisão, ou ora não reconhecendo como infiel e afastando a prisão, gera forte desconfiança bancária e conseqüentemente o aumento da taxa de juros que afeta diretamente a atividade empresarial que depende sobremaneira do crédito no País.

A segunda grande discussão que existe atualmente é em relação às garantias nos contratos bancários de créditos; diz respeito à ordem de preferência dos credores hipotecários, que outrora era intangível que caso existisse o credor hipotecário este possuía preferência total absoluta, sem qualquer discussão. Entretanto, atualmente, a situação não é esta, pois pode ser a hipoteca superada pelos credores trabalhistas e tributário tornando a hipoteca não uma garantia robusta e eficaz na concepção do Banco. Ficando assim evidente o enfraquecimento

das garantias nos contratos bancários de créditos não só na concepção da hipoteca, mas em outras modalidades como por exemplo a exigência absurda do cônjuge outorgar concordância no caso do aval, ainda a possibilidade de afastamento da prisão do depositário infiel, conforme demonstrado acima. Estas condições e situações aliadas a outras, impõem naturalmente o encarecimento do crédito com o aumento das taxas de juros e o menor acesso do empresário ao crédito.

Por fim, a problemática do superendividamento do consumidor e da empresa, ficando claro que os mecanismos jurídicos atualmente adotados na legislação não conseguem acompanhar essa nova realidade do direito, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor no âmbito da tutela da relação de consumo não consegue proteger o superendividado, por outro lado, o Código Civil ainda é pior na tutela desta natureza.

Além disso, a Lei n.º 11.101/2005, chamada nova lei de falência, não serve ao propósito de tutelar relações inerentes à questão do superendividamento das empresas nos contratos bancários de créditos, diante da possibilidade de mesmo endividada a empresa socorrer da tutela jurisdicional para discutir as dívidas e ocorrer a manutenção da atividade empresarial, mediante o ajuizamento de ações de revisão de contratos, inclusive com pedido de tutela antecipada e liminares, para evitar o cadastro da empresa endividada, nos cadastros de proteção ao crédito, enquanto discute a dívida judicialmente.

Assim, seria bem-vinda uma lei de tutela do superendividado, não de proteção ao consumo, ou de falência, mas que unisse a necessidade de proteção da pessoa física (insolvência civil), aliada à proteção empresarial de manutenção da atividade empresarial, principalmente para aquelas empresas que não pretendem socorrer-se da lei de falência, ou seja, que pretende rever a dívida de alguma maneira e continuar com a atividade empresarial.

Nesse contexto, o que observa para a tutela de proteção da empresa superendividada, na tentativa de promover o mínimo de equilíbrio de obrigações, aliado aos expurgos do indevido na relação contratual é a revisão judicial do contrato, com proteção do estatuto consumerista, nos casos em que houver relação de consumo, bem como o Código Civil e em ambos embora com alguma mínima divergência de fundamento, podem ser requeridas na ofensa ao princípio da função social, boa-fé objetiva, contudo com maior tipificação se observa como fundamentos para a revisão a onerosidade excessiva, lesão, teoria da imprevisão dentre outras possibilidades previstas nos códigos.

Certo é que, no que concerne aos contratos bancários de créditos, diante do dinamismo e da velocidade com que o tema muda, diante da necessidade imposta pelo mercado, a rápida tomada de decisão é uma obrigação, assim é que o tema é regulado pelo Conselho Monetário

Nacional e Banco Central do Brasil, pois assim a resposta ao tema é dado de pronto, é o que se tem observado com as medidas tomadas atualmente pelas autoridades monetárias no sentido de enfrentar a crise norte-americana, que vem afetando diretamente a economia brasileira e conseqüentemente os contratos bancários de créditos.

Aliada a necessária regulamentação pelo CMN e BACEN aos contratos bancários de créditos, encontra-se a influência da jurisprudência, em especial dos julgados do Supremo Tribunal Federal, que pode delimitar, determinar e até criar regras e situações particulares, que inclusive em muitos casos são modificadas constantemente, diante da mudança de regras e flexibilidade dos contratos bancários de créditos que evolui com a sociedade e o mercado em que está inserido, pautando no caso das relações negociais pela livre concorrência o que faz com que a jurisprudência nos contratos bancários de créditos opere como verdadeira fonte do aplicador do direito, bem como tenha fundamental influência sob os pactos.

Diante do término da dissertação, não é difícil de observar com clara evidencia a aderência da dissertação, que tem como título (Contratos Bancários de Crédito na atividade empresarial), pois aborda temas enfrentados diariamente pelas empresas, seja na contratação, no regime de garantias, no regime de juros, qual a legislação aplicável e até mesmo no comprometimento empresarial com as instituições financeiras, muitas vezes beirando o superendividamento, assim o tema abordado no presente trabalho dissertativo e suas consequencias estão diretamente vinculados a atividade empresarial, com aderência direta ao programa de mestrado envolvido que tem como área de concentração direito empresarial e cidadania e linha de pesquisa, obrigações e contratos empresarias: responsabilidade social e efetividade.



## REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, abr./jun. 1995.
- \_\_\_\_\_. **A extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Os Contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 1. ed. Brasília: CJF, 2003. (Série Pesquisas do CEJ)
- ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 143-150, jan./mar. 2000.
- \_\_\_\_\_. Resolução e Revisão dos contratos. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, Convergências e Assimetrias**. São Paulo: RT, 2005.
- ALTERINI, Atilio Anibal. Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 19, jul./set. 1996.
- ALVIN, Arruda. **Direito Privado – Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer)**. RT 750/116. [S.I.: s.n., s.d.].
- BANCO CENTRAL DO BRASIL – **Avaliação de 2 anos do projeto Juros e Spread Bancário**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2008.

BARCELOS, Luiz Cláudio. **Determinantes do Acesso ao Crédito Empresarial no Brasil**. São Paulo: Instituto de Pesquisas Econômicas/USP, 2002. Texto não publicado.

\_\_\_\_\_. **Determinantes do Acesso ao crédito empresarial no Brasil: Teoria e Evidências Empíricas**. Dissertação de Mestrado, IPE/USP, 2002, Monografia não publicada.

BARROS, Francisco Carlos Rocha. **Comentários à Lei do Inquilinato**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROSO, Luiz Roberto. A crise econômica e o direito constitucional. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 58, jun. 1993.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção Contratual do Consumidor**. Conervação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal. São Paulo: RT, 2002. 21 v.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: RED, 2003.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed. [S.I.]: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGES, João Eunápio. **Do Aval**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1975.

BORGES, Nelson. **A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAMBILA, Silvio. A antijuridicidade das cláusulas contratuais abusivas e as sanções do ordenamento jurídico. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, jan./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. O sistema do novo código civil e do Código de Defesa do Consumidor e as limitações impostas à liberdade de contratar. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 1, jan./jun. 2005.

BUSSATA, Eduardo Luiz. Teoria da ineficácia do negócio jurídico. In: CATALAN, Marcos Jorge (Org.). **Negócio jurídico**: aspectos controvertidos à luz do novo código civil. Leme: Mundo Jurídico, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CARVALHO, Antônio Gledson de. Lei de Falência, acesso ao Crédito Empresarial e taxas de juros no Brasil. **Revista de Economia Política**, v. 25, n. 1, p. 112-132, jan./mar. 2005.

CAVALCANTE, Marcos. **Moeda, juros e Instituições financeiras**. São Paulo: Forense, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito bancário**. Coimbra: Almedina, 1998.

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. 20 v.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo código civil**: Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. 2.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. [S.I.: s.n.], 1999.

\_\_\_\_\_. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 139, jul./set. 1998.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova Crise do Contrato Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade pós-contratual**. São Paulo: Saraiva, 2004.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Direito do Consumo. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Direito Constitucional do Consumidor: A dignidade Humana como fundamento da proteção legal**. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. O dever do Banco Central do Brasil de controlar a atividade bancária e financeira, aplicando as sanções administrativas previstas no sistema de proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.26, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 4, p. 243-263, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FONTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark. 2007.

FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Izner Hanna. **Ilegalidades nos Contratos Bancários**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

GIMENO-CABRERA, Véronique. **Lê traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine**. Paris: LGDJ, 2004.

GLITS, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual**: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do Contrato**. São Paulo: [s.n.], 2004.

GOMES, J. Miguel Lobato. Livre-Iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIN, Paulo (Org.). **Contrato & Sociedade**. A autonomia Privada na Legalidade Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. 2 v.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 58, abr.-jun. 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Contratual Contemporânea – Função Social do Contrato e Boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAU, Eros. **A ordem Econômica na Constituição de 1998**. Interpretação e Crítica. São Paulo: RT, 1990.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUNIOR SCAVONE, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: ERDP, 1958.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Parecer**. [S.I.]: Biblioteca IBCB, 1990.

LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. **A Monografia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEWICK, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LIMA, Adail Pereira de. Da Inaplicabilidade do Código de defesa do Consumidor ao Leasing Financeiro e a questão Cambial. In: SILVA, José Guimarães da Silva; GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha (Coord.). **Direito Bancário e Temas Afins**. Campinas: CS Edições, 2003.

LIMA, George Marmelstein. **O Direito Fundamental à Ação**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.hpg.ig.com.br/livros.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

LIMA, Iran Siqueira; ANDREZO, Andréa Fernandes; ANDREZO, Artur Fernandes. Regulamentação da atividade bancária e divulgação de informações: Análise comparativa das regras aplicáveis no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista de direito Bancário e do mercado de Capitais**, São Paulo, v.8, n. 30, p. 125-149, out./dez. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 2 v.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. Redes contractuales conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 28, out./dez. 1998.

LUNDBERG, Eduardo. Intervenção e liquidação extrajudicial do sistema financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74. In: SADDI, Jairo (Coord.). **Texto novo**. São Paulo: [s.n.], 1999.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova Crise do Contrato Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ADIN 2.591. In: MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Considerações finais**. A vitória de todos nós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 28 v.

\_\_\_\_\_. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de créditos e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: Informação, Cooperação e Renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 215-257, jul./set. 2002.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Contratos bancários em tempos pós-modernos – Princípios e reflexões. **Revista da Faculdade de Direito da UFGRS**, v. 15, 1998.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Os contratos de crédito na legislação Brasileira de proteção ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 17, 1999.

\_\_\_\_\_; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do Consumidor Endividado** – Superendividamento é crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 29 v.

\_\_\_\_\_; RIBEIRO, Luciana Antonino. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova Crise do Contrato Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. **Garantias de cumprimento**. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS, Paulo Haus; WINOGRADE, Andrei; SALLES, Renata de Carvalho. **Regulamentação das Microfinanças**. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

MATTOS E SILVA, Bruno. **Anatocismo legalizado**: a medida provisória beneficia as já poderosas instituições financeiras. Disponível em: <<http://www.direitobancario.com.br>>. Acesso em: 01 jun. 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. I, 1991.

MORAES, Mauro Delphim de. A cessão de crédito. O título de crédito. O endosso. O aval. Factoring e regresso. In: PEREIRA JR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (Org.). **Contrato & Sociedade**. A autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. 2 v.

\_\_\_\_\_. Direito Civil – Constitucional: A função Social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo (Org.). **Contrato & Sociedade**. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fe**. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERI, Marcelo C.; GIOVANINI, Fabiano da S. Negócios nânicos, garantias e acesso a crédito. **Revista Econômica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 38, set-dez. 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.



NEVES, Gustavo Kloh Mulher. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual**: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Saraiva: São Paulo, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova Racionalidade Administrativa Empresarial. In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Org.). **Direito Empresarial & Cidadania Questões contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2006.

PAESANI, Liliana Minardi; VEIGA, Elisa Yamasak. **Aplicação do Novo Código Civil nos Contratos Empresarias**. São Paulo: Manole, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v.10, n. 38, p. 75-121, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1992.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual**: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito**

**Contratual:** In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direitos dos Contratos – Estudos.** Coimbra: Coimbra, 2007.

\_\_\_\_\_. **O problema do Contrato.** As Cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBERT, Georges; BOULANGER, JEAN. **Tratado de Derecho Civil.** Buenos Aires: La Lei, 1987. Tomo VII.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVOLD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil.** Uma Análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos.** São Paulo: Método, 2002.

SANTOS, Gildo dos. **Fiança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lume Júris, 2004.

SILVA, Antônio de Pádua Conette. **Entendendo os aspectos legais dos juros.** Disponível em: <<http://www.direitobancario.com.br>>. Acesso em: 05 maio 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 2 v.

SILVA, Diarone Lopes da. **O procedimento judicial e o custo do dinheiro pra pessoas jurídicas no mercado de crédito bancário no Brasil (1994 – 2004)**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, não publicada.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo. Malheiros, 1997.

SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais – proposta para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Transformações jurídicas na relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito Mestrado e Doutorado 2003**. São Leopoldo: Impressos Portão, 2003.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito Contratual. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). **Novos Perfis do Direito Contratual: In Diálogos sobre Direito Civil, Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, José Reynaldo Peixoto de. Anotações sobre contratos bancários. **Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 293-305, jan/mar. 2005.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O impacto do novo código civil no mundo dos contratos. **Consulex**, Brasília, v. 9, n. 176, maio 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo código civil: crítica e proposta de alteração do art. 317 da lei 10.406/02. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo. Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina B.M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Direito Civil**, São Paulo, n. 65, 1992.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

TOKARS, Fábio Leandro. Função Social da Empresa. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). **Direito Civil Constitucional, situações Patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 13, jan./mar, 1995.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito civil-constitucional: A função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo (Org.). **Contrato & Sociedade**. A autonomia Privada na Legalidade Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. 2 v.

USTÁRROZ, Daniel. **A responsabilidade contratual no novo código civil**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

VENTURA, Eloy Câmara. **A evolução do Crédito da antiguidade aos dias atuais**. Curitiba: Juruá, 2001.

VENOSA, Silvio. **Teoria dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WALD, Arnaldo. O direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 666, s.d.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil brasileiro – Obrigações e contratos**. 12. ed. São Paulo: RT, 1995.

WELWIG, Guilherme Centenário. O STF e a autoridade monetária: Como os limites e contornos de atuação do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional vêm sendo definidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 39-74, out/dez. 2007.

ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos Contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico Brasileiro: Análise comparada entre o CDC e o CC/2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, p. 117-142, abr.-jun. 2006.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Máxima da Proporcionalidade Aplicada**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

Agendamento de data de defesa perante Banca Examinadora

Curitiba, \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

Horário:\_\_\_\_\_

Indicação dos professores membros titulares e suplente:

Membro Externo:\_\_\_\_\_

Membro Interno:\_\_\_\_\_

Suplente (Interno):\_\_\_\_\_

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.

Curitiba, \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Professor (a) Orientador (a)

# 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](#)