

CONTRATOS DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR: AUTONOMIA E PROTEÇÃO

Profa. Daniela Silva Fontoura de Barcellos

I. INTRODUÇÃO

O surgimento de novos sujeitos direito¹, dentre os quais se destaca o consumidor², é reflexo de mudanças sócio-econômicas amplas, como a alteração dos processos produtivos, dos modelos de estado³ e da despatrimonialização do direito⁴. No âmbito do direito privado, esse contexto provocou uma reconfiguração principiológica⁵ cuja característica fundamental é o fim da exclusividade do dogma da vontade em detrimento da convivência com outros paradigmas valorativos.

O voluntarismo, fruto do regime liberal, serviu de justificativa para o Estado e influenciou as figuras jurídicas privadas *a ponto de estender sua presença até àquelas que não o pressupunham*⁶. A autonomia da vontade forjada temporalmente como fruto do ideário codificatório oitocentista, *denotava uma liberdade natural e moral de um 'querer individual', que seria motor de toda e qualquer vinculação jurídica*⁷.

Visando a marcar o novo conteúdo significativo da autonomia a partir do *welfare state*, certos juristas⁸ passam a utilizar a expressão 'autonomia privada', sintetizando *o modo de qualificar as relações entre a atividade privada - singular ou coletiva - e o ordenamento, vinculado ao reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade situado socialmente*⁹.

Paradoxalmente, a autonomia assim entendida manifesta-se, de um lado, pela ampliação da autodeterminação dos direitos da personalidade¹⁰ e, de outro, pela implementação inúmeras medidas interventivas no âmbito dos negócios jurídicos¹¹. A presente aula parte do contrato de crédito ao consumidor, para iniciar uma reflexão sobre o aparente descompasso entre o papel da autonomia nos direitos subjetivos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Para isso, aborda os limites de aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 – nas relações bancárias, especialmente as de crédito. Em seguida, analisa a atual configuração da equação autonomia e dirigismo contratual. O objetivo final é abrir espaço de reflexão sobre o alcance da liberdade contratual, nos âmbito dos contratos de crédito¹², tantas vezes considerada inexistente¹³.

II. DA APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS DE CRÉDITO

O Código de Defesa do Consumidor, por ser microssistema voltado para a regulação entre partes desiguais, parte do princípio a vulnerabilidade (art. 4º, I do CDC) como justificativa para adoção de medidas em favor do mais fraco. Definir quem é o consumidor é também outorgar-lhe um conjunto de benefícios legais instituídos neste Código. Inversamente, estar na posição de fornecedor significa submeter-se a

uma série de deveres extra. Por isso, as instituições financeiras lutam pela sua não aplicação nas relações com seus clientes que, por sua vez, fazem o contrário.

Diante de tal impasse, a proteção contratual do consumidor desponta como um desafio à ordem jurídica. Se o critério para a aplicação da lei não é mais definido somente pela função econômica-social típica do contrato (compra e venda, mútuo, etc.), mas também em razão da função social e da finalidade contratual, como identificar na prática os contratos de consumo?

A fim de delimitar quais contratos de crédito são de consumo, e em que medida incide o Código do Consumidor sobre eles, partiremos da mais importante decisão brasileira acerca do assunto. Trata-se da Ação de Inconstitucionalidade 2.591, conhecida como ADI dos Bancos¹⁴, que foi ajuizada em 26/12/2001 pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. O objetivo do pleito era excluir a incidência do CDC à totalidade das operações bancárias, especialmente quanto à possibilidade de revisão contratual. Analisaremos esta ação, aliada a outras controvérsias levadas a juízo nos tribunais brasileiros.

I.1. AS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E OS BANCOS SÃO FORNECEDORES?

A relação jurídica de consumo caracteriza-se pela presença de um consumidor, no pólo ativo e de um fornecedor, no pólo passivo, tendo como objeto um produto ou serviço. Um primeiro argumento utilizado para excluir a incidência do Código do Consumidor nas relações bancárias é a descaracterização das instituições financeiras como fornecedoras, tal como definido pelo art. 3º, *caput*, desta lei:

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 de serviços.

Nesta lei, a opção pelo termo fornecedor teve por objetivo¹⁵ torná-lo um gênero, do qual são espécies diversos profissionais, dentre outros: o produtor, o montador, o criador, o fabricante, o construtor, o transformador, o importador, o exportador, o distribuidor, o comerciante e o prestador de serviços. Em suma, fornecedor é, no dizer de FILOMENO¹⁶, *o protagonista das sobreditas relações de consumo responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor.*

Importante advertir a generalização das posições na cadeia produtiva abarcadas pelo vocábulo fornecedor, independe de sua condição de empresário ou comerciante. Esta noção¹⁷, própria do Direito do Consumidor, significa o profissional de produtos ou serviços em uma relação de consumo. Portanto, deduz-se a dissociação entre os conceitos de fornecedor e empresário ou comerciante¹⁸.

Aproveitando esta deixa, os advogados da CONSIF - ARNOLDO WALD, IVES GANDRA MARTINS e LUIZ CARLOS BETTIOL - defenderam que as entidades bancárias¹⁹, de crédito e securitárias se excluem do conceito de fornecedor, pois integram o Sistema Financeiro Nacional como categoria própria. Fundamentam sua opinião no parecer do Procurador de Fazenda Nacional, abaixo transcrito:

Por Sistema Financeiro Nacional, entende-se um complexo de regras e normas coordenadas entre si que disciplinem o conjunto de operações praticadas no mercado financeiro do país, bem assim o conjunto de instituições públicas e privadas que operem em tal mercado²⁰.

O fato das instituições financeiras pertencerem ao Sistema Financeiro Nacional, não exclui, por si só, a incidência do Código do Consumidor. Esta possibilidade de aplicação, antes mesmo da ADI 2.591 já era pacífica²¹ nos tribunais brasileiros, tais como no seguinte exemplo: *Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, §2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor²².*

Estas decisões foram consolidadas pelo Superior Tribunal de Justiça durante o curso do julgamento da ADI dos bancos, através da Súmula 297²³: *O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.* A tese central²⁴ para este entendimento é que a existência de legislação própria de determinado setor ou relação contratual não afasta a aplicação do Código do Consumidor. Admitindo-se que as instituições financeiras são fornecedoras, nos termos do CDC em certas situações, resta o exame do outro pólo da relação de consumo.

I.2. TODO CLIENTE É CONSUMIDOR?

Uma segunda possibilidade de exclusão da incidência do CDC nas relações bancárias, também utilizada pela CONSIF, é tentar distinguir consumidor e cliente de instituição financeira. Para isso, alegou-se, sem fundamento²⁵, que a Resolução do Conselho Monetário Nacional 2.878, de 26 de julho de 2001²⁶, apelidada como Código do Consumidor Bancário, é a regulação exclusiva *sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes a ao público em geral²⁷.* No julgamento da ADI o Min. EROS GRAU²⁸ alegou a ilegalidade desta resolução, nos seguintes termos:

Por outro lado, afirmar que os clientes bancários estariam submetidos a sistema próprio de proteção é dizer que não estão protegidos, visto que as Resoluções 2.878 e 2.892/2001 afrontam escancaradamente o princípio da legalidade. A proteção dos clientes bancários nas operações bancárias não é matéria atinente ao funcionamento das instituições financeiras. Estas resoluções são despidas de significação normativa, são – para lembrar Fernando Pessoa – papel escrito papel escrito com tinta, onde está indistinta a diferença entre nada e coisa nenhuma.

A terceira alegação levantada pelas instituições financeiras é que as mesmas não poderiam aplicar as regras de consumo tanto aos clientes-aplicadores como aos clientes-tomadores.²⁹ No entanto, esse argumento não afasta por si mesmo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que ambas as espécies de contratantes são diferentes, somente os primeiros são considerados consumidores. Vejamos por quê.

Para que haja proteção integral do Código de Defesa do Consumidor, é preciso que o sujeito ativo enquadre-se conceito de consumidor em sentido próprio, tal como definido no art. 2º, *caput*, do CDC:

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

Assim, de acordo com uma interpretação sistemática dos elementos do suporte fático deste conceito, dividi-os em três conjuntos de critérios: intrínsecos (pessoa física ou jurídica, adquirente ou usuário, destinatário final, atuação não profissional), extrínsecos (aquisição de produto ou serviço), e relacionais (ter no outro pólo um fornecedor, e ser mais fraco em relação a este)³⁰. Somente a presença de todos esses elementos simultaneamente garante a seu titular o uso da totalidade das regras protetivas constantes da Lei 8.078/90. Portanto, enquanto alguns clientes bancários são considerados consumidores, outros não poderão sê-lo. Exemplo típico de consumidor em sentido próprio é o correntista pessoa física que contrata instituição financeira, com vistas ao atendimento de suas necessidades pessoais, estando, portanto, na posição de destinatária final³¹.

Não havendo enquadramento nas características de consumidor em sentido próprio, resta ainda, a possibilidade de equiparação, caso em que se admite o uso mitigado da proteção do consumidor³². Das três possibilidades de equiparação, nos interessa nessa aula a referente à proteção contratual³³, enunciada no art. 29 do CDC:

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

Isto significa que os sujeitos não considerados consumidores em sentido próprio, expostos a práticas comerciais e contratuais abusivas, podem fazer uso da proteção prevista nos artigos 29 a 54 do Código consumerista. Nesse sentido, é a decisão proferida no extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que considerou ser possível revisar cláusulas abusivas estipuladas entre um banco e uma empresa em contrato de crédito rotativo. Decidiu o relator PAULO HERDT³⁴: *Ainda que não incidam todas as normas do CDC nas relações entre banco e empresa, em contrato de crédito rotativo, aplicam-se os capítulos V e VI, por força do art. 29 do CDC, que amplia o conceito de consumidor, possibilitando ao judiciário o controle das cláusulas contratuais abusivas impostas em contratos de adesão.*

No entanto, deve ficar claro que nem todos os clientes bancários são consumidores em sentido próprio ou podem fazer uso do *status* de equiparado. Não seria correto aplicar o Código de Defesa do Consumidor àqueles que ocupam não uma posição de vulnerabilidade frente às instituições financeiras. Sendo esta vulnerabilidade, um princípio geral das reações de consumo, algumas decisões têm exigido acertadamente sua presença como pressuposto para a equiparação do art. 29.³⁵

*A pessoa jurídica que toma recurso mercado financeiro para incrementar sua atividade econômica não caracteriza destinatário final, que o CDC quer proteger, qual seja o efetivo destinatário final, ou seja, o destinatário econômico, não mais do serviço bancário, mas do produto ou serviço cujo fomento se deu pelo aporte de recursos junto às instituições financeiras. Tratando-se de pessoa jurídica, cabe-lhe o ônus de provar sua **vulnerabilidade** perante o banco agravado, demonstrando, assim o desequilíbrio contratual entre as partes, situação que depende da instauração da relação processual, afastando a aplicação, de ofício das normas do Código de Defesa do Consumidor. (grifei)*

Assim, investidores, profissionais da área econômica, instituições financeiras, empresas de grande porte quando se relacionam com uma instituição financeira por possuírem conhecimento do mercado e poder de barganha não podem fazer uso da proteção consumerista. Aplicando-se indistintamente a *week-person oriented rule* acabaríamos por criar um privilégio exclusivo para os contratantes fortes, rompendo o almejado equilíbrio.

1.3. QUAIS OPERAÇÕES BANCÁRIAS SÃO DE CONSUMO?

As relações de consumo têm como objeto produto ou serviço, nos termos dos parágrafos do art. 3º do CDC:

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

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

Através das definições amplas do Código do Consumidor, percebe-se que na categoria produto são incluídos os bens jurídicos dotados de valor econômico, enquanto que os serviços exigem, além disso, o requisito da remuneração. Na tentativa de responder quais prestações bancárias são produtos e serviços, FILOMENO³⁶ defende serem serviço nos termos do CDC as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços a seus clientes, quer na concessão de mútuos ou financiamentos. Reforçando esta tese, sistematiza NÉRI JÚNIOR³⁷, quatro motivos caracterizadores dos serviços e atividades bancárias como de consumo, a saber: (a) remuneração; (b) oferta ampla, geral e despersonalizada, (c) vulnerabilidade dos tomadores; (d) habitualidade e profissionalidade da prestação.

Discordando da tese favorável aos consumidores, destacam-se dois argumentos. O primeiro deles, presente nos tribunais de forma recorrente, defende que dinheiro não é objeto de relação de consumo, pois sendo moeda de troca não satisfaria o critério da destinação final³⁸. Posteriormente, esta tese perdeu a força³⁹, sendo o dinheiro admitido como produto nos termos do CDC.

(....) Sendo o crédito fornecido ao consumidor para a sua utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final, **o dinheiro funciona como produto**, implicando o reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei n.º 8.078/90⁴⁰.

Outro argumento, defendido por WALD⁴¹, é que as operações bancárias constituem categoria especial distinta de serviço. O objetivo central desta argumentação era de afastar a incidência do CDC em relação ao conteúdo econômico das operações bancárias (custo das operações ativas e remuneração passivas)⁴², e, ao que tudo indica, da possibilidade de revisão contratual por excessiva onerosidade⁴³.

No debate firmado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal fica claro que o Código do Consumidor se aplica às diversas prestações secundárias, tais como as filas, os banheiros para clientes, a propaganda enganosa e eventualmente, até o horário dos bancos. De outro lado, exclui-se da ingerência do CDC a estrutura e ao funcionamento do sistema financeiro, nos quais se presume estar incluída a política monetária, ou seja, o tratamento legal do custo e da remuneração do dinheiro objeto da intermediação pelos bancos. É o que afirmam os votos dos ministros¹:

A taxa de juros há de ser operada pelo Conselho Monetário Nacional e desde a perspectiva macroeconômica.

Por fim, e a mais importante conclusão é a admissão da possibilidade de revisão judicial dos contratos de crédito em razão da excessiva onerosidade:

Por óbvio, a abusividade e a onerosidade excessiva na composição contratual dessa taxa além de outras distorções são passíveis de revisão (...)²

Conclui-se, depois do julgamento da ADI 2.591⁴⁴, que os contratos de crédito continuam a obedecer a um regime jurídico duplo, sujeitando-se, ora ao Código de Defesa do Consumidor, ora ao Código Civil. Serão de consumo quando tiverem como partes, de um lado, uma instituição financeira, e, de outro, geralmente uma pessoa física, tendo por objeto o empréstimo oneroso de dinheiro, com finalidades particulares em caráter de destinação final. Poderão fazer uso parcial da proteção consumerista⁴⁵, os equiparados por força do art. 29, desde que provada a vulnerabilidade frente aos bancos. Por fim, deixa-se aos demais casos a regulação nos termos do Código Civil.

II. A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR

Tendo sido o contrato de crédito ao consumidor, progressivamente objetivado⁴⁶ até tornar-se um padronizado e de adesão, afirma-se de forma corrente que só o estipulante possui autonomia privada⁴⁷. Isso porque cabe à instituição financeira

¹ Vide voto do Min Eros Grau dos Embargos de Declaração da ADI 2.591, (fls. 68).

² Vide voto do Min Eros Grau dos Embargos de Declaração da ADI 2.591, (fls. 67).

redigir o contrato, deliberar em torno do cadastro a ser preenchido pelo futuro mutuário, decidir emprestar e as condições de pagamento. Nesse raciocínio, diz-se que ao consumidor-mutuário resta realizar um ato de confiança quase cega no proponente e que sua liberdade reduz-se ao *take it or leave it*.

Sob o ponto de vista do estipulante, no entanto, a liberdade de contratar está longe de ser absoluta. As instituições financeiras sofrem uma série de restrições advindas do Sistema Financeiro Nacional e das relações de consumo. Estas intervenções são oriundas das políticas do Estado, através da imposição de regras de ordem pública do tipo econômico e social⁴⁸. Vejamos as formas de intervenção estatal no conteúdo dos contratos de crédito (II.1), para, em seguida, refletirmos sobre o espaço de autonomia das partes (II.2).

II.1. INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR

No âmbito do Direito do Consumidor, os contratos de crédito possuem intervenção em todos os momentos da relação contratual. Este dirigismo legal, judicial e administrativo abrange tanto a imposição como a proibição de certas condutas. Esta tutela é disponibilizada ao consumidor em sentido próprio, ao equiparado do art. 29, com possibilidade para ambos de defesa coletiva, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do CDC⁴⁹. Veremos, primeiramente, um panorama desta proteção, para, em seguida, tratarmos da possibilidade de revisão judicial dos contratos.

a) CONTROLE LEGISLATIVO

No momento pré-contratual, tem-se a proteção contra propaganda clandestina, enganosa e abusiva (arts. 36 e 37 do CDC); a execução forçada da oferta (arts. 35 e 84) e a proibição de práticas abusivas (art. 39 do CDC). Além disso, a oferta deve ser sempre formulada a fim de possibilitar ao consumidor clareza de seu sentido e alcance (arts. 30 e 31 do CDC), sob pena de não valer (art. 46 do CDC).

Na fase contratual propriamente dita, temos o direito à informação (art. 6º, III c/c art. 46 do CDC) interpretação mais favorável⁵⁰ (art. 47 do CDC), a proibição de abusos na cobrança de dívidas (art. 50 do CDC), a proteção em contratos de adesão (art. 54 do CDC).

De todas as formas de intervenção previstas do CDC aplicáveis aos contratos de crédito, a mais importante é revisão dos contratos em razão da excessiva onerosidade ou da presença de cláusulas abusivas. De acordo com NORONHA⁵¹, estas são *cláusulas que reduzem unilateralmente as obrigações do proponente e agravam as do aderente, criando entre elas uma situação de grave desequilíbrio (...)*.

A regulação adotada pela Lei 8.078/90 é o chamado regime misto, pois mescla duas técnicas de legislar. De um lado, possui uma lista exemplificativa de cláusulas, *a priori*, nulas de pleno direito. De outro lado, acrescenta cláusulas gerais⁵² que permitem um controle judicial das situações não previstas expressamente em lei. As cláusulas gerais para a determinação da abusividade estão previstas no art. 51, IV,

XIV e XV do CDC. Os demais incisos do referido artigo 51 do CDC são considerados integrantes da lista de cláusulas proibidas, cujo efeito é a nulidade em abstrato.

Na prática as cláusulas abusivas, sejam as integrantes da lista, sejam as que afrontem as cláusulas gerais devem ser contestadas administrativamente⁵³, no âmbito das autoridades competentes, ou através de ação judicial. Vejamos como se dá este último.

b) CONTROLE JUDICIAL DOS CONTRATOS DE CRÉDITO

O mecanismo da revisão judicial dos contratos de consumo ocorre com base em dois fundamentos. O primeiro deles é o direito básico à revisão por excessiva onerosidade nos termos do art. 6º, V do Código do Consumidor, cujo texto é o seguinte:

a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Este inciso deixa clara a adoção da teoria da excessiva onerosidade, cujo suporte fático permite a revisão contratual por desequilíbrio tanto no sinalagma genético como no funcional. Em outras palavras, são passíveis de revisão, os contratos que já nascem defeituosos, ou aqueles de natureza continuada ou diferida, que se tornem desequilibrados no curso de sua execução. Este direito é mais amplo do que o previsto no Código Civil, no art. do Código Civil, pois este exige a imprevisão como elemento integrante do suporte fático.

O processo de decretação de nulidade ocorre em três etapas. Primeiramente, a cláusula é decretada nula de pleno direito, por força do art. 6º, V e/ou de um dos incisos do art. 51, combinado com seu *caput*. Em seguida, sempre que necessário, recorre-se à técnica da integração, em que o juiz preenche a lacuna deixada pela cláusula nulificada. Por fim, caso não seja possível manter o contrato, o mesmo é inteiramente tornado nulo. Estas duas últimas fases estão previstas no art. 51, §2º, do CDC:

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.

Com base no fundamento da excessiva onerosidade ou de cláusula abusiva, admite-se a revisão dos contratos de crédito a consumidor seguindo o mecanismo de nulificação, integração e preservação do contrato, sempre que possível.

Ação revisional de contrato de abertura de crédito em conta corrente e contrato de mútuo. Possibilidade de revisão. É assente a possibilidade de revisão judicial dos contratos para expurgá-los das eventuais ilegalidades. Aplicação do CDC. Não repassados os custos a terceiros a pessoa física, tomadora de empréstimo é "destinatária final", sendo uma relação de consumo típica⁵⁴.

Após o advento da Emenda Constitucional 40, que alterou a redação do art. 192 da Constituição, retirando o limite 12% de juros, bem como o efetivo julgamento da ADI 2.591, tem-se a manutenção da revisão judicial dos contratos de crédito nos termos do CDC.

A restrição dos juros remuneratórios pela incidência do Código de Defesa do Consumidor depende da flagrante comprovação do abuso, verificada caso a caso⁵⁵.

O que está longe de estar pacificado é qual o critério a ser utilizado pelo judiciário daqui para diante para considerar uma situação como excessivamente onerosa e qual é o patamar para de juros admitidos em cada caso concreto. Aplicar a taxa média de mercado como parâmetro para verificação da excessiva onerosidade é um critério aceitável para o poder judiciário?

Nesse sentido, urge que se façam estudos em torno da análise econômica dos contratos de crédito e que as discussões em torno da autonomia privada e dos direitos da personalidade integrem as preocupações dos estudiosos deste ramo do direito. Ainda restará a discutir as particularidades da transposição da liberdade contratual para as relações de consumo um deles é equacionar a identidade do consumidor, visto como racional pela economia e como vulnerável pelo direito.

BIBLIOGRAFIA REFERIDA

AMARAL, Francisco. "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional". *Revista de Direito Civil*, n. 46, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 7-26, out.-dez./1988.

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. "O consumidor em sentido próprio no Brasil e na Argentina." *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.º 63, p. 92-130, jul.-set./2007.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Comunità, 1977.

CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no novo Código Civil. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 93, p. 87-129, 2004.

CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et la autonomie de la volonté*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.

EFING Antônio Carlos e GIBRAN, Fernanda Mara. A comprovação da onerosidade excessiva nos contratos bancários: uma nova reflexão a partir da realidade brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 63, p. 27-51, out.-dez./2007.

FOIULLÉE, Alfred. *La science social contemporaine*. Paris: Hachette, 1885. Disponível na Bibliothèque Numérique Gallica no seguinte endereço da rede mundial de computadores: <<http://gallica2.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k242911.r=fouillee.langFR>>. Acesso em 11/01/2008.

FOUILLEE, Alfred. *Le socialisme et la sociologie réformiste*. 4e éd. Paris : F. Alcan, 1930. Disponível na Bibliothèque numérique no seguinte endereço da rede mundial de computadores: <<http://gallica2.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k49477.r=fouillee.langFR>>. Acesso em 11/01/2008.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WANATABLE, Kazuo; NERI JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur.” *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 18-19, jan.-mar./1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia. 4ª ed. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio Herman e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia; ALMEIDA, João Batista; e PFEIFFER, Roberto Augusto.(coord.) *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591*. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. “Reflexões sobre o princípio da função dos contratos”. *Revista de Direito GV*. São Paulo, p. 41-66, maio/2005.

MORAES, Paulo Valério dal Pai Moraes. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RENAULT-BRAHINSKY, Corine. *Droit des obligations*. 3^{ème} éd. Paris: Gualino, 2004.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SPITZ, Jean Fabien. «‘Qui dit contractuel dit juste’: quelques remarques sur une formule d’Alfred Fouillée.» *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, n. 2, Dalloz, p. 281-286, avril-juin/2007.

STIGLITZ, Rubén. “Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil.” *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 5-11, jan.-mar./1995.

VARGAS, Zuleika Pinto Costa. As condições gerais dos negócios. Posições doutrinárias. Soluções adotadas pelo Código do Consumidor. Porto Alegre, Trabalho elaborado para o Curso de Mestrado em Direito da UFRGS, inédito, jan./1993, p.37.

WALD, Arnaldo. “A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao custo do dinheiro” *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 38, p. 229-236. out.-dez./2007.

WALD, Arnaldo. “O Código de Defesa do Consumidor e os bancos.” *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 38, p. 229-236, out.-dez./2007.

¹ Tais como: o trabalhador (Consolidação das Leis Trabalhistas), a criança e o adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente), o idoso (Estatuto do Idoso), torcedor (Estatuto do Torcedor).

² Atribui-se à comunicação de 15 de março de 1962, feita por John Fitzgerald KENNEDY, o caráter de marco inicial do direito do consumidor. Neste discurso ao Congresso nacional o presidente americano profere a frase ‘consumer by definition, include us all’, além de reconhecer quatro direitos básicos do consumidor: segurança; informação; escolha; e o de ser consultado.

³ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Comunità, 1977. p. 7-9.

⁴ NEGREIROS: 2006.

⁵ No âmbito do contrato, os princípios clássicos - autonomia negocial, a força obrigatória e a relatividade – abrem espaço de convivência para a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico. (Assim sistematizados por NEGREIROS: 2006)

⁶ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 18.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. “Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis :a boa-fé nas relações de consumo”.in: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. (org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 611-661.

⁸ Dentre eles: GOMES (1981), NORONHA (1994), MARTINS-COSTA (1998), AMARAL (1988) e NEGREIROS (2006).

⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. “Reflexões sobre o princípio da função dos contratos.” *Revista de Direito GV*. São Paulo, maio/2005, p. 41-66.

¹⁰ Como é o caso dos debates sobre o suicídio assistido, do aborto e do reconhecimento do direito ao próprio corpo (arts. 13 e 15 do CC)

¹¹ São exemplos os contratos por adesão, a proibição de cláusulas abusivas e a possibilidade de intervenção judicial nos contratos.

¹² O contrato de concessão ao crédito tem por objeto a transferência de uma soma de dinheiro ao alguém a fim de aumentar seu capital real para a aquisição de produtos e serviços, independentemente de serem ou não subordinados à aquisição de determinado objeto. Para fins desta aula restringe-se a análise às relações de consumo.

¹³ Nas palavras de MARQUES (4^a ed. 2004, p. 223): “ao contrário do que se acreditava, o dogma da liberdade contratual tornou-se ficção – em liberdade de um e opressão de outro (...)”

¹⁴ A ADIn 2.591, publicada na íntegra na RT 855/79, alegava a inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” constante no art. 3º, §2º do CDC, à luz da redação original do art. 192 ,caput, incisos II e IV, da CF/88. Vide comentários sobre a

mesma: (1) Da parte dos bancos: WALD, Arnoldo. "A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao custo do dinheiro" *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 38, p. 229-236. out.-dez/2007; WALD, Arnoldo. "O Código de Defesa do Consumidor e os Bancos." *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 38, p. 229-236. out.-dez/2007; (20 Da parte dos consumidores: MARQUES, Cláudia; ALMEIDA, João Batista; e PFEIFFER, Roberto Augusto.(coord.) *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591*. São Paulo: RT, 2006.

¹⁵ É o que afirmam os autores do anteprojeto de lei. (GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WANATABLE, Kazuo; NERI JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 43.)

¹⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito in: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 43.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. "La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur." *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, jan.-mar./1997. p. 18-19.

¹⁸ O conceito de empresário, não coincidente com o de fornecedor, segundo CAVALLI, é útil para (a) determinar quem era sujeito às normas comerciais e (b) determinar qual é a lei aplicável ao ato, se civil, se comercial. (CAVALLI, Cássio Machado. "O Direito da Empresa no Novo Código Civil." *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 93, 2004, p. 104.)

¹⁹ Incluem-se, nessa categoria os bancos comerciais, de emissão, de investimento, de crédito rural, de crédito real, bem como as casas bancárias, as caixas econômicas e as cooperativas de crédito. (in: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WANATABLE, Kazuo; NERI JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 525.)

²⁰ Parecer do Procurador da Fazenda Nacional, adotado no Voto do Min. Sydney Sanches (RTJ 147/801) apud petição inicial da ADIn dos Bancos disponível no site do STF no seguinte endereço: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2591&processo=2591>>. Acesso em 20/12/2007.

²¹ Vide, por exemplo, as duas ementas a seguir: 1. (...) Pela interpretação do art. 3, §2º, do CDC, é de se deduzir que as instituições bancárias estão elencadas no rol das pelas consideradas como fornecedoras, para fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre essas e os consumidores, no caso, correntistas. (...) (BRASIL. STJ. 3ª T., AgAgIn 296.516/SP, rel. Min. Nancy Andrighi. j. em 7/12/2000); Os bancos ou instituições financeiras, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, §2º, estão submetidos às disposições do CDC. (BRASIL. STJ. REsp 387.805/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 27/06/2002).

²² BRASIL. STJ. REsp 57.974/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., 4ª T., j. em 25/04/1995)

²³ Entendimento sumulado pelo STJ em de 14 de maio de 2004.

²⁴ Trata-se da "théorie du dialogue de sources" preconizada por Erik Jayme, que, em síntese pega a aplicação das leis compatíveis dentro o sistema, afastando o modo tradicional de solução de antinomias. No Brasil, esta teoria é amplamente defendida pelos consumeristas, especialmente Cláudia Marques. (vide: MARQUES, Cláudia. "Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil; diálogo das fontes." in: *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁵ Sendo o CDC um microssistema aberto, a solução para essa aparente antinomia é a aplicação conjunta, no que couber, das duas leis. Vide art. 7º do CDC, *in verbis*: *Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia e equidade*.

²⁶ Esta Resolução atualmente está com a redação modificada pela Resolução 2.892, de 27/09/2001.

²⁷ Este é o preâmbulo da referida Resolução.

²⁸ Disponível na rede mundial de computadores no seguinte endereço: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 2/01/2008.

²⁹ Argumento presente no parágrafo 39 da petição inicial da Adin 2.591 e desenvolvido em artigo por um dos advogados da CONSIF, Ives Gandra Martins. ("Cliente ou consumidor - banco não pode se sujeitar a diferentes interpretações Disponível na rede mundial de computadores no seguinte endereço: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39482,1>>

³⁰ BARCELLOS, Daniela Fontoura de. "O consumidor em sentido próprio no Brasil e na Argentina." *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.º 63, jul.-set./2007, p. 92-130.

³¹ Vide a seguinte ementa: BRASIL. STJ. REsp 296.516, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 07/12/2000.

³² A vítima de acidentes de consumo (consumidor-equiparado pelo art. 17) tem uma limitação dos direitos previstos entre os artigos 12 a 17 do CDC; a coletividade de pessoas (consumidor-equiparado pelo art. 2º, par. ún., do CDC), possui limitação quanto à legitimidade processual nos termos do art. 82 do CDC; e o exposto a práticas abusivas (consumidor-equiparado pelo art. 29 do CDC), pode fazer uso tão-somente do disposto nos arts. 29 a 54.

³³ A equiparação do art. 29 abrange a proteção da oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados de cadastros de consumidores, proteção contratual, cláusulas abusivas e contratos de adesão.

³⁴ BRASIL. TARGS. 2ª Câmara, Ap Civ. 192188076, re. Paulo Hert. j. em 24/09/1992.

³⁵ BRASIL. TAMG. AgIn 0276419-8, rel. Edílson Fernandes. j. em 28/04/1999.

³⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito in: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 48-57.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 50.

³⁸ Execução. Mútuo. Embargos. Inversão do ônus da prova. Agravo. Dinheiro. Produto. CDC. **Dinheiro não é produto** para os fins do CDC; logo, exclui-se de sua regência o contrato de mútuo. E se fosse considerado produto, não teríamos aperfeiçoada a relação de consumo porque inexistente a figura do consumidor final, como tal entendido aquele que torna o produto coisa fora de comércio. Exegese dos arts. 2º e 3º do CDC (BRASIL. TARS. Agravo de Instrumento Nº 196227680, 6ª Câmara. Civ. Rel. Irineu Mariani, j. em 19/12/1996) (grifei)

³⁹ Chegou a escrever Reynaldo Andrade da Silveira: "Afirmar que dinheiro não é, nem pode ser considerado produto, consoante prevê o Código de Defesa do Consumidor (...) não passa de sofisma tosco que não merece qualquer crédito". (Proteção ao consumidor e direito bancário. *Revista de Direito do Consumidor*, 50, São Paulo, abr.-jun./2004, p. 141.

⁴⁰ BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento N.º 70022728703, 13ª Câmara. Civ. Rel. Angela Terezinha de Oliveira Brito, J. em 27/12/2007.

⁴¹ WALD, Arnold. "O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, n. 11, jul.-set./1991. p. 296.

⁴² WALD, Arnold. WALD, Arnoldo. "O Código de Defesa do Consumidor e os bancos." *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 38, out.-dez./2007. p. 280.

⁴³ Art 6º, V do CDC.

⁴⁴ A ADI dos bancos teve a seguinte ementa, após o julgamento dos embargos de declaração interposta pelo Procurado Geral da República: *Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CF/88. Art. 170, V, da CF/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia [art. 3º, § 2º, do CDC]. Moeda e taxa de juros. Dever-poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil.* (BRASIL. STF. Tribunal pleno. Rel. Carlos Velloso; rel. p. Ac. Eros Grau; j. em 07/06/2006)

⁴⁵ Exclui-se aos equiparados do art.29 a possibilidade de revisão contratual nos termos do art 6º, V por estar fora do rol de artigos a que fazem jus. Para os mesmos resta a revisão com base na teoria da imprevisão do art. do Código Civil.

⁴⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 298.

⁴⁷ LOPES, Teresa Ancona. "Princípios contratuais." In: FERNANDES, Wanderley. *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.15.

⁴⁸ A ordem pública econômica e social é freqüentemente positiva, prescritiva e protetiva. Distingue-se da ordem econômica *stricto sensu* ou ordem pública de direção, que é negativa, proibitiva e impositiva.

⁴⁹ Levando-se em conta o disposto nos arts. 81 e 82 do CDC quanto à legitimidade processual.

⁵⁰ Cotejar com o art. 423 do CC: Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

⁵¹ NORONHA, Fernando. *Os direitos dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 248.

⁵² Ao analisar a estrutura das cláusulas gerais, MARTINS-COSTA esclarece que a incompletude das normas insertas em cláusulas gerais exigem a sua progressiva formação pelo juiz, mediante o reenvio a outras normas do sistema ou a padrões valorativos ou comportamentais. Significa, também, que a estatuição fica ao encargo do juiz, que, para estabelecê-la deve percorrer ao ciclo do reenvio.

(MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 332.)

⁵³ No âmbito das Agências Reguladoras, dos PROCONs ou do Ministério Público.

⁵⁴ (BRASIL. TJRS. Apelação cível nº 70000250506, 18ª Cãm. Cív., Rel.: Wilson Carlos Rodycz, j. em 23/06/2000).

⁵⁵ (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 857.587/PR, Rel. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. em 03/12/2007)