

A proteção ao consumidor nos contratos bancários

*Roque Antonio Mesquita de Oliveira*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1. Introdução

O presente artigo procura fazer um exame objetivo a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor diante dos contratos bancários, a fim de viabilizar um conhecimento mais prático da matéria, auxiliando os operadores do Direito e demais interessados a melhor conhecer as principais características desse tema. Evidentemente, a pretensão do autor deste artigo é apenas apontar pontos mais relevantes a respeito da matéria, sem nenhuma pretensão de alongar a exposição, mesmo porque o espaço é limitado. O foco principal, sem dúvida alguma, é examinar como é disciplinada a proteção ao consumidor diante do poderio econômico das instituições financeiras, levando-se em conta que sem ele não existe a sociedade de consumo e sem esta não há mercado, e sem mercado fica inviabilizada a contratação em massa. Assim, estamos diante de contratos de consumo das mais variadas modalidades, exigindo a maior cautela para a aplicação das normas protetivas.

O consumidor apresenta fragilidade antes, durante e depois da contratação; esta a razão que faz com que as normas protetivas se preocupem com todo o espaço que cerca a manifestação da vontade, fazendo com que os aplicadores do Direito se preocupem com quem contrata ou é estimulado a contratar, emitindo uma reflexão profunda a respeito da aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade, considerando que o desenvolvimento econômico da sociedade, com o uso das mais diversas tecnologias na área da computação, provocou o nascimento de uma verdadeira sociedade de massa, resultando numa

¹ Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil.

verdadeira explosão dos contratos, que deixaram de ser um privilégio da minoria para adentrar no dia a dia do cidadão.

2. O Código de Defesa do Consumidor e as leis que disciplinam as operações e contratos bancários

No início da sua vigência, a Lei nº 8.078, de 11/09/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), teve sua aplicabilidade questionada no tocante às atividades bancárias.

Para que se possa analisar se ao produto e aos serviços oferecidos pelas instituições financeiras cabe a aplicação do CDC e em que termos se deve dar, é necessário que, primeiramente, sejam assentados os conceitos de: i) consumidor; ii) fornecedor; iii) objeto da relação de consumo, trazidos pelo próprio CDC.

O CDC conceitua consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º, *caput*).

Além disso, o CDC equipara a consumidor certas pessoas sob determinadas circunstâncias, a fim de que gozem de certos direitos previstos no código. As equiparações são as seguintes:

i) coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único) introduzidas com vistas à defesa de direitos em juízo previstas no art. 81, parágrafo único;

ii) pessoas vítimas de acidente de consumo (art. 17), equiparação que tem como função permitir que as pessoas que ela abrange se valham da proteção em caso de responsabilidade por fato do produto e do serviço;

iii) pessoas expostas a determinadas práticas comerciais (art. 29), de forma a lhes garantir a proteção conferida em relação a tais práticas.

O fornecedor é conceituado como:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os agentes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Por fim, o objeto da relação de consumo, ou seja, o produto ou serviço oferecido pelo fornecedor, também é conceituado pelo CDC: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (art. 3º, parágrafos 1º e 2º, respectivamente).

Existem entendimentos no sentido de que o CDC não se aplicaria às instituições financeiras, exceção feita aos casos de crédito direto ao consumidor. Sustentava-se que a natureza do produto oferecido pelas instituições financeiras, o dinheiro, impediria que aquele que toma empréstimo bancário pudesse ser considerado consumidor nos termos do art. 2º do CDC. O tomador de empréstimo, ao contrário do adquirente de outros produtos como vestuário e alimentos, nunca poderia ser considerado consumidor, uma vez que nunca seria o destinatário final do dinheiro, já que este é sempre repassado a alguém.

Porém, existem três fundamentos para convencer que essa não é a melhor exegese a respeito desses posicionamentos, a saber:

1) não seria razoável considerar que o CDC não se aplica em âmbito tão importante economicamente como o das instituições financeiras e contratos bancários, matéria que pode gerar angústia maior para os consumidores do que deficiência em produto ou serviço adquirido;

2) o próprio texto do CDC menciona que a lei se aplica aos serviços de natureza bancária (art. 3º, par. 2º), regra que não pode ser ignorada;

3) considerando que o CDC apenas abrange fornecimento a usuário final de bens ou serviços, existiria tal fornecimento em caso de se considerar que o objeto da relação de consumo não é o dinheiro, mas, sim, o serviço de crédito, ou o dinheiro dado a crédito. Vista a questão sob esse prisma, está o tomador dos recursos recebendo uma prestação mista, que abrange mercadoria, o dinheiro, e o serviço envolvido em sua obtenção e direcionamento ao consumidor. Ao receber um serviço, derivado da atividade de captação e repasse de recursos da instituição financeira, o recebe como usuário final, porque não presta tal serviço a mais ninguém.

Deve ser lembrada a súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça:

“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ao criar o Sistema Financeiro Nacional (SFN), estabeleceu um arcabouço institucional destinado à disciplina da atividade bancária no Brasil. Tal sistema é encabeçado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e, logo abaixo deste, pelo Banco Central do Brasil (BC), tendo sido atribuída ao primeiro, em linhas gerais, competência regulamentar e ao segundo competência executiva e fiscalizatória em relação à atividade bancária.

Segundo os artigos 22 e 48 da Constituição Federal, a atividade das instituições financeiras e as matérias a ela correlatas (crédito, moeda e câmbio) não podem ser disciplinadas por Estados ou Municípios, mas apenas pela União e essa disciplina deve ser feita por lei.

O CMN foi criado em substituição ao antigo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito. É um órgão federal, integrante, portanto, da administração federal direta. De acordo com o art. 8º, *caput* da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, o CMN é integrado pelo Ministro de Estado da Fazenda, na qualidade de Presidente, pelo Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento e pelo Presidente do Banco Central do Brasil. O regimento interno do CMN em vigor foi aprovado pelo Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994, e alterado pelo Decreto nº 1.649, de 7 de setembro de 1995. O art. 2º da Lei nº 4.595/64 estabelece suas finalidades e o art. 4º suas competências.

O Banco Central do Brasil (BCB) é uma autarquia federal, criada para substituir a antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) - art. 8º da Lei nº 4.595/64, sendo administrado por uma diretoria composta por nove membros, um dos quais é designado presidente, todos nomeados pela Presidência da República entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, sendo demissíveis *ad nutum* (art. 1º do Decreto nº 91.961, de 19 de novembro de 1985). O presidente do BC é considerado Ministro de Estado (art. 1º da Lei nº 11.036, de 22 de dezembro de 2004) e cabe a ele definir a competência e atribuições dos demais diretores (art. 2º).

3. A proteção ao consumidor nos contratos bancários

O que deve ser examinado desde o início da relação jurídica é a existência do equilíbrio contratual, também conhecido como *princípio da equidade contratual*, que observa o equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, em busca da justiça contratual. Nesse sentido, o CDC

criou normas imperativas, que proibem a inserção de qualquer cláusula abusiva, que é caracterizada como aquela que assegura vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens ou serviços, ou que seja incompatível com a boa-fé e a equidade (artigo 51, inciso IV, do CDC).

Quem irá declarar a nulidade absoluta dessas cláusulas será o Poder Judiciário, não só a pedido do próprio consumidor, como, também, das suas entidades de proteção, do Ministério Público, e até mesmo de ofício pelo magistrado. É interessante notar que a vontade das partes declarada no contrato, de modo livre e consciente, não representa mais o fator decisivo para a Ciência do Direito, considerando-se que o CDC instituiu novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. A lei passa a proteger o vínculo contratual no sentido de harmonizar a vontade das partes com os legítimos interesses e as expectativas dos consumidores. As regras são cogentes, fazendo com que o CDC sancione e afaste apenas o resultado, o desequilíbrio, sem exigir um ato reprovável do fornecedor. Mesmo se a cláusula for aceita pelo consumidor, mas apresentar vantagem excessiva para o fornecedor se for abusiva ou o resultado for contrário à ordem pública, ou mesmo contrariar as novas normas de proteção do CDC, que são de ordem pública, não prevalecerá a autonomia da vontade.

4. Interpretação judicial dos contratos bancários a favor do consumidor

Para assegurar a equidade em busca da justiça contratual, mesmo diante dos métodos unilaterais de contratação em massa, procede-se a interpretação judicial dos contratos a favor do consumidor. Nesse sentido, o artigo 47 do CDC instituiu como princípio geral a chamada interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais, fundada no princípio da boa-fé, que vem formalizado no artigo 4º, inciso III, do CDC, fazendo com que a interpretação de todo o contrato de consumo deva sempre observar as imposições da boa-fé objetiva.

O consumidor é assim tratado porque é a parte contratual mais fraca, devendo ser protegidas suas expectativas legítimas, provenientes da confiança no vínculo contratual e na proteção do direito. A interpretação, bem por isso, será conforme a boa-fé.

Outro aspecto a considerar será o comportamento do CDC diante da máxima *pacta sunt servanda*. Ele reduziu sensivelmente o espaço que

privilegiava sobremaneira a autonomia da vontade; proibiu a elaboração de certas cláusulas, impondo normas imperativas, tudo visando à proteção ao consumidor, reequilibrando o contrato e garantindo as legítimas expectativas que o elo mais fraco depositou no vínculo contratual.

Isso ocorre depois de formado o contrato, quando o consumidor já manifestou sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está em desequilíbrio. As normas inibitórias são todas de ordem pública e servem para o Direito restabelecer o equilíbrio, compensando a vulnerabilidade do consumidor. É uma verdadeira mudança na ação protetora do direito, evoluindo de uma visão clássica, liberal e individualista do Direito Civil, para uma **visão social**, valorizando a função do Direito como ativo e garantindo do equilíbrio contratual.

Como se vê, houve uma limitação para a autonomia da vontade, obstando a criação de cláusulas abusivas; aparecem normas imperativas, que têm por finalidade a proteção do consumidor, tudo para restaurar o equilíbrio contratual e, assim, garantir as legítimas expectativas que ele depositou na relação contratual. Essas normas se apresentam como de **ordem pública**, de modo que as partes não podem dispor em contrário.

Uma dificuldade que se apresenta ao magistrado é definir a abusividade de uma cláusula; o CDC não tem uma regra específica para este desiderato. Na verdade, prefere consignar casos expressos, como, por exemplo, no artigo 53, ou mesmo deixar para a jurisprudência utilizando as cláusulas gerais, tal como no artigo 51, inciso IV ou, mesmo, presumir a abusividade em alguns casos e práticas como disposto nos artigos 39 e 51.

Um método que pode ser utilizado é fazer uma análise *subjetiva*, relacionando a abusividade com a figura do abuso do direito, ou fazer uma análise *objetiva*, relacionando a abusividade com os parâmetros modernos, como a boa-fé objetiva.

Uma questão que provoca uma reflexão diz respeito à natureza jurídica das cláusulas abusivas. Elas serão cláusulas meramente ilícitas, lembrando que o ato ilícito é aquele praticado em desacordo com o direito, provocando uma reação negativa no ordenamento jurídico, violando direito ou causando prejuízo a terceiro, fazendo nascer a obrigação de reparar. O abuso, por sua vez, pressupõe a existência do direito e desse modo a atividade inicial é lícita, posto que a pessoa que exerce o seu direito não prejudica outrem.

Convém lembrar que o CDC impõe uma penalidade para a cláusula abusiva, ou seja, decreta a sua **nulidade absoluta**, que pode ser

decretada **de ofício** pelo magistrado nos contratos de consumo, mesmo que a parte interessada não a identificou e isto porque as normas do CDC são de ordem pública.

5. Conclusão

Com o advento do CDC, e após seus 25 anos de vigência, observamos que a vontade das partes deixou de ter o efeito vinculante que caracterizou o contrato e sua execução ao longo de séculos. Hoje, os tempos são outros. A equidade contratual é agora regulada e protegida pela lei. A vontade do consumidor é valorizada, bem como a boa-fé, a segurança, o equilíbrio, a lealdade e o respeito nas relações de consumo, que passam a ter mais transparência, protegendo a confiança dos consumidores no vínculo contratual e nas características do produto ou do serviço postos à sua disposição, enfim, valoriza, acima de tudo, a **lealdade** que deve imperar ao longo da contratação.

A **transparência**, que significa um princípio fundamental nas relações de consumo, impõe uma conduta mais leal e mais aberta na fase de negociações preliminares entre os futuros parceiros. Essas normas apenas pretendem viabilizar uma aproximação e uma futura relação mais sincera e menos danosa para o consumidor.

A **boa-fé** vai orientar o contrato de consumo, sendo o guia das práticas comerciais dos fornecedores no mercado brasileiro. Destaque-se aqui o dever de informar, que antes não tinha tanta relevância, se apresenta agora como obrigatório nas relações de consumo, estando ligado à própria atividade de fomentar o consumo e ao próprio contrato.

A **equidade** estabelece um parâmetro mínimo para o equilíbrio entre os direitos e os deveres nos contratos, facultado ao Estado intervir nos contratos que mostrem um desequilíbrio a ponto de prejudicar o consumidor.

A **proteção da confiança** permite a proteção das expectativas legítimas provocadas nos consumidores pelas ações dos fornecedores, amparando a confiança que aqueles depositaram no vínculo contratual.

O CDC, após 25 anos de vigência, é a expressão de uma autêntica evolução no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo ao aplicador do direito viabilizar as questões atuais com as regras anteriormente observadas, orientando a ação do intérprete do novo texto e evitando os excessos.

É claro que este trabalho não tem a pretensão de abordar todos os pontos que se apresentam como fundamentais para a aplicação do CDC nos contratos bancários. Apenas coloca para reflexão algumas questões que foram e são importantes para mostrar ao exegeta que, bem utilizado, o CDC irá, acima de tudo, proteger aquele princípio que se apresenta como fundamental, isto é, **o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana**, cujo respeito é imposto pela Constituição Federal.

Bibliografia

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Do incumprimento contratual*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ALVIM NETO, José Manoel de Arruda; PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Código do Consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ASCENSÃO, J. Oliveira. Cláusulas contratuais abusivas nos serviços bancários e financeiros. *Revista Forense*, v. 347, p. 134 e ss.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Pollis; Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1990.
- CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Arts. 28 a 45. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1999.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de C. Fernandes Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao CDC*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 770, p. 109-114, dez. 1999.

WALD, Arnaldo. *Do contrato de adesão no direito brasileiro*. Rev. Inf. Legisl., Brasília, DF, ano 17, n. 66, p. 257-266, abr.-jun. 1980.