

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: A DEFESA
DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA
CONSTITUCIONAL**

SILVIA REGINA ALI ZEITOUN REVI

SÃO PAULO

2021

SILVIA REGINA ALI ZEITOUN REVI

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: A DEFESA
DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA
CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada à Faculdade Nove de
Julho - UNINOVE como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em
Direito, na linha de pesquisa sob o tema
Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização
do Direito.

Orientador: Professor Gilberto Bercovici

SÃO PAULO

2021

Revi, Silvia Regina Ali Zeitoun.

Cláusulas abusivas nos contratos bancários: a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica constitucional. / Silvia Regina Ali Zeitoun Revi. 2021.

146 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

Orientador (a): Prof. Dr. Gilberto Bercovici.

1. Contratos bancários. 2. Cláusulas abusivas. 3. Defesa do consumidor. 4. Princípio da ordem econômica.

I. Bercovici, Gilberto. II. Título.

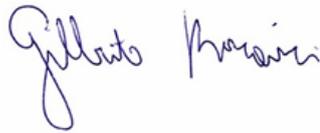
SILVIA REGINA ALI ZEITOUN REVI

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS
BANCÁRIOS: A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO
PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA
CONSTITUCIONAL**

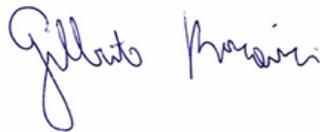
Dissertação apresentada ao
Programa De Mestrado Direito
Universidade Nove de Julho
como parte das exigências
para a obtenção do título de
Mestre em Direito

São Paulo, 25 de fevereiro de 2021.

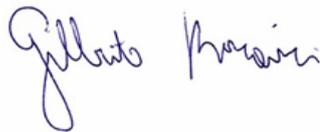
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Gilberto Bercovici
Orientador
UNINOVE



Profa. Dra. Renata Mota Maciel
Examinadora Interna
UNINOVE



Prof. Dr. Eneas de Oliveira Matos
Examinador Externo
USP

AGRADECIMENTOS

Até aqui o Senhor me ajudou pela sua misericórdia, graça e amor sem fim. Pereceria sem dúvida, se não cresse que veria a bondade do Senhor na terra dos viventes (Salmos 27:13). Certo dia, em oração, pedi a Deus para abrir uma porta para cursar o mestrado e como pai amoroso que é, Ele autorizou que isso acontecesse. Agradeço imensamente a Deus pela oportunidade e pelo sopro da vida.

Agradeço ao Senhor Jesus Cristo que morreu em nosso lugar para que tivéssemos vida eterna (João 11:25-26); que se fez enfermo para que tivéssemos saúde (Isaías 53:4); e que mesmo não tendo conhecido o pecado se fez maldito para que fôssemos chamados Justiça de Deus (2 Coríntios 5:21).

Agradeço ao meu amado esposo, Vinícius, companheiro fiel, que contribuiu para que essa jornada se tornasse mais suave.

Agradeço a minha mãe, Cadije, pelas suas orientações de vida que foram essenciais para que eu chegasse até aqui. Aos meus irmãos, Silvio e Salma, exemplos de determinação que me inspiram.

Agradeço, *em memoriam*, a minha avó, Luzia, que dedicou a sua vida a me auxiliar e também ao meu pai, Silvio, que foi exemplo de dedicação aos estudos.

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Gilberto Bercovici, pelo seu empenho na arte de lecionar e em me ajudar na elaboração do presente trabalho.

Agradeço a todos os professores da Universidade Nove de Julho, em especial ao Professor Dr. André Guilherme Lemos Jorge e a Professora Dra. Renata Mota Maciel que foram os responsáveis pela minha admissão no programa de mestrado.

Agradeço a todos os colegas que tive a oportunidade de conviver.

Por fim, agradeço ao Reitor da Universidade Nove de Julho Professor Dr. Eduardo Storópoli e a Professora Dra. Maria Cristina Barbo Storópoli, que viabilizam a difusão do estudo e me proporcionaram cursar o programa de mestrado que é mantido de forma gratuita aos alunos.

A todos meu sincero obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise de cláusulas previstas em contratos bancários à luz do princípio da defesa do consumidor na ordem econômica constitucional, perquirindo os conceitos que envolvem a relação de consumo e a legalidade de diversas práticas e aspectos controvertidos do direito bancário.

O estudo visa a investigar, sobretudo, se o tratamento dado por meio das decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo às diversas cláusulas inseridas em contratos bancários, comumente impugnadas judicialmente, levam em conta o princípio da defesa do consumidor na ordem econômica constitucional, conforme orienta o art. 170 da Constituição Federal. O trabalho teve também a pretensão de verificar se a regulação estatal no âmbito administrativo leva em conta o princípio da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica quando regula as diversas normas acerca do sistema financeiro com relação aos contratos bancários.

As decisões judiciais escolhidas para análise do problema apresentado foram as proferidas nos últimos 10 anos, ou seja, de 2010 a 2020, dando-se destaque especialmente àquelas decididas após a edição do Código de Processo Civil de 2015 sob o regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos, nos termos do art. 1.040 do Código de Processo Civil, já que mencionadas decisões são vinculantes para os demais Tribunais e impactam a ordem econômica de todo o país.

O presente trabalho adotou a metodologia de pesquisa descritiva e exploratória, com abordagem qualitativa, eminentemente bibliográfica e documental, de natureza aplicada.

Palavras-chave: contratos bancários – cláusulas abusivas - defesa do consumidor – princípio da ordem econômica.

ABSTRACT

The present work aims to analyze clauses provided for in bank contracts in the light of the principle of consumer protection in the constitutional economic order, investigating the concepts that involve the consumption relationship and the legality of various practices and controversial aspects of banking law.

The study aims to investigate, above all, whether the treatment given by the judicial decisions handed down by the Superior Court of Justice, the Supreme Federal Court and the Court of Justice of the State of São Paulo to the various clauses inserted in bank contracts, which are commonly challenged in court, take into account the principle of consumer protection in the constitutional economic order, as guided by art. 170 of the Federal Constitution. In addition, the work aimed to verify whether state regulation in the administrative sphere considers the principle of consumer protection in relation to contracts in its performance.

The judicial decisions analyzed in the present work were those issued in the last 10 years, that is, from 2010 to 2020, with special emphasis on those decided after the edition of the Civil Procedure Code of 2015 under the regime of joint judgment of special appeals and repetitive extraordinary terms, under the terms of art. 1.040 of the Code of Civil Procedure, since these decisions are binding on other Courts and impact the economic order of the entire country.

The present work adopted the exploratory and descriptive research methodology, with a qualitative approach, eminently bibliographic and documentary, of an applied nature.

Keywords: bank contracts - unfair terms - consumer protection - principle of economic order.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	3
ABSTRACT.....	5
SUMÁRIO	6
INTRODUÇÃO	9
1 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR	11
1.1 Defesa do consumidor como direito fundamental	16
1.2 Princípios do direito do consumidor no microsistema do CDC.....	20
1.2.1 Princípio da vulnerabilidade	22
1.2.2 Princípio da harmonia nas relações de consumo	26
1.2.3 Princípio da boa-fé objetiva.....	26
1.2.4 Princípio da educação e da informação	29
1.2.5 Princípio da coibição e repressão ao abuso	29
1.2.6 Princípio da função social do contrato.....	30
1.2.7 Princípio da interpretação mais favorável ao consumidor.....	31
1.2.8 Princípio da vinculação pré-contratual	31
1.2.9 Princípio da reparação integral dos danos	32
2 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	34
2.1 Conceito de consumidor	35
2.1.1 Consumidor em sentido estrito	35
2.1.2 Consumidor por equiparação, “bystanders”	35
2.2 Teorias consumeristas com relação à definição de consumidor: finalista, finalista mitigada (aprofundada) e maximalista.....	39
2.3 Fornecedor	42
2.3.1 Pessoa física como fornecedora.....	44
2.3.2 Habitualidade vs. Profissionalismo no conceito de fornecedor.....	45
2.3.3 Fornecedor “equiparado”	46
2.3.4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos.....	48
2.4 Produto como objeto da relação de consumo	49
2.4.1 Bens móveis e imóveis	50
2.4.2 Bens materiais e imateriais	51

2.5	Serviço como objeto da relação de consumo.....	51
2.6	As relações bancárias e a súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça.....	52
3	REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	54
3.1	O Sistema Financeiro Nacional	54
3.2	Banco Central	56
3.3	Instrumentos de Controle da Política Monetária	59
3.4	Instituições Financeiras.....	61
3.5	Fintechs: Sociedades de Crédito Direto e Sociedades de Empréstimos entre Pessoas	62
3.6	Contratos de adesão nas relações de consumo massificadas	64
3.7	Cláusulas gerais do contrato de adesão - conteúdo.....	66
3.8	Cláusulas abusivas	68
3.8.1	Cláusulas que estabelecem desvantagem exagerada para o consumidor incompatíveis com a boa-fé e a equidade.....	69
3.8.2	Contrato de financiamento por reserva de margem consignada.....	71
3.8.3	Cláusulas que preveem custos de cobrança - tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê.....	74
3.8.4	Cobrança de tarifa de cadastro.....	75
3.8.5	Cobrança de tarifa de terceiros; tarifa de avaliação de bem e tarifa de registro de contrato.....	76
3.8.6	Cobrança de tarifa de gravame eletrônico.	77
4	PRÁTICAS ABUSIVAS RELACIONADAS AOS CONTRATOS BANCÁRIOS	78
4.1	Contratação de seguro prestamista nos contratos bancários	80
4.2	Cobrança de juros compensatórios nos contratos de financiamento habitacional	82
4.3	Retenção de valores mantidos em conta corrente decorrentes de salários para pagamento de empréstimos bancários.	85
4.4	Limites de descontos decorrentes do contrato de crédito consignado em folha de pagamento dos trabalhadores	88
4.5	Extinção do empréstimo consignado e a morte de servidor público estadual.	89
4.6	Juros cobrados nos contratos de adiantamento de recebíveis	91
4.7	Vedação de cobrança de tarifa para liquidação antecipada	92
4.8	Devolução dos valores do consorciado desistente nos contratos de consórcio ...	93

4.9	Legitimidade das instituições financeiras para figurar no polo passivo de ações que visam à rescisão de contratos de compra e venda	95
4.10	Rescisão do contrato de leasing e o direito do arrendatário ao valor residual garantido	98
4.11	Purgação da mora no arrendamento mercantil de veículo automotor	100
4.12	A teoria do inadimplemento mínimo ou substancial nos contratos de alienação fiduciária	101
4.13	Contrato de Poupança e o prejuízo aos consumidores decorrente da taxa de referência equivalente a zero.	104
4.14	Contrato de conta corrente e a cédula de crédito bancário.....	106
4.15	Atualização monetária e juros remuneratórios.....	108
4.16	Capitalização dos juros nos contratos bancários	112
4.17	Cobrança da comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios.	115
5	RESPONSABILIDADE CIVIL SEGUNDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – UNIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	119
5.1	Responsabilidade pelo fato do produto ou serviço	121
5.2	Diferenciação entre fortuito interno e externo	123
5.3	Responsabilidade por vício do produto ou serviço	125
5.4	Responsabilidade civil das instituições financeiras	131
5.5	Fraude com o cartão de crédito.....	132
5.6	Clonagem de cartão	134
5.7	Furtos/Roubos ocorridos dentro da agência bancária ou em suas dependências	135
5.8	Roubo ocorrido em cofres mantidos pelos bancos	137
	REFERÊNCIAS	143

INTRODUÇÃO

A presente dissertação, contextualizada na linha de pesquisa 2 – Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, do programa de mestrado da Universidade Uninove, tem como objetivo o estudo das cláusulas abusivas nos contratos bancários e a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

Previsto como um dos princípios da ordem econômica o direito do consumidor influencia diretamente a economia do nosso país. A maior ou menor proteção ao consumidor acarreta diversos encargos tanto para o fornecedor como para o consumidor, refletindo no consumo e na produção, daí a importância da disciplina do direito ao consumidor, cuja proteção teve como marco instituidor no Brasil a Constituição Federal de 1988, exigindo-se políticas de consumo que efetivamente tutelassem o consumidor, tendo em vista que o Código Civil de 1916, redigido sob o pensamento liberal, revelava-se ineficaz, já que tratava os dois contratantes no mesmo nível de conhecimento.

O presente trabalho destaca os princípios do direito do consumidor no microsistema do Código de Defesa do Consumidor dentre os quais o princípio da harmonia nas relações de consumo, previsto no art. 4º, III, do CDC, que tem por objetivo a compatibilização dos interesses dos participantes das relações de consumo, observando-se à igualdade substancial entre as partes, porquanto suas normas não se limitam a alcançar a igualdade formal apenas perante a lei, mas também conferir efetivos direitos aos mais frágeis da relação, bem como impor deveres aos fornecedores com o propósito maior de concretizar a isonomia material.

A proteção dispendida pelo CDC não se resume a fixar normas ao consumidor, mas também ao fornecedor ao estabelecer regras que garantam que o consumo não seja predatório, equilibrando o mercado, fazendo com que a balança não se desequilibre para nenhum dos lados. O exagero na proteção ao consumidor não foi o intuito da lei e é prejudicial à economia.

Estabelecidos os direitos, o CDC fixou as responsabilidades das partes de consumo, dispondo sobre o princípio da reparação integral dos danos, conforme o art. 6º, VI, do CDC, que assegura aos consumidores a efetiva prevenção e reparação de todos os danos suportados, sejam eles materiais ou morais, individuais, coletivos ou difusos.

Nesse contexto, as relações bancárias são consideradas relação de consumo e, sem dúvida, consistem em fonte fecunda de diversas discussões judiciais sob o argumento de prática de abusividades cometidas contra o consumidor. O presente trabalho pretende, de

forma prática, abordar algumas atividades difundidas pelas instituições financeiras no mercado de consumo que foram consideradas abusivas, assim já reconhecidas pelos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Dentre as práticas consideradas abusivas serão destacadas a cobrança de tarifas pelos bancos que preveem os custos de cobrança pelos serviços prestados bem como serão abordadas cláusulas e contratos celebrados pelas instituições financeiras que causam divergência nos próprios Tribunais quanto à legalidade de sua contratação como é o caso do contrato de empréstimo com reserva de margem consignada, em que o empréstimo é realizado sem que as prestações tenham número fixo e tempo certo para seu término.

Desse modo, a pesquisa realizada pretende analisar a legalidade de diversas práticas e aspectos controvertidos do direito bancário à luz das normas do Código de Defesa do Consumidor, como princípio da ordem econômica.

A dissertação está estruturada em cinco capítulos.

No *primeiro capítulo* será abordada a defesa do consumidor como direito fundamental e como princípio da ordem econômica, analisando-se, ainda, os princípios que regem o microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

No *segundo capítulo* serão analisados os conceitos que envolvem a relação de consumo, como consumidor, fornecedor e objeto da relação de consumo.

Em seguida, no *terceiro capítulo* discorrerá acerca da atividade bancária e o seu regime das relações de consumo, tecendo considerações acerca do Banco Central, dos instrumentos de controle da política monetária e das instituições financeiras.

O *quarto capítulo* se ocupará em dissertar sobre práticas abusivas relacionadas aos contratos bancários, bem como acerca dos encargos financeiros nas operações bancárias.

Por fim, o *quinto capítulo* será dedicado ao estudo de casos práticos de responsabilidade civil das instituições financeiras à luz das normas do Código de Defesa do Consumidor.

1 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Na vigência do Estado liberal, em que se fundou o constitucionalismo clássico, inexistiam propriamente finalidades públicas na organização da vida social. Havia nítida separação entre as esferas do Estado e da sociedade civil. As atividades econômicas desenvolviam-se no interior desta última, com um caráter essencialmente privado ou particular, isto é, individualista. A função única do Estado consistia em garantir a ordem pública, para o livre desenvolvimento das atividades privadas na sociedade civil. Nesse sentido ensina Gilberto Bercovici¹:

A teoria europeia do final do século XIX é uma teoria estatalista e liberal de direitos e liberdades fundamentais. A visão comum de Estado de direito era a tutela dos direitos e liberdades a partir do direito positivo estatal. A ideia predominante na doutrina política europeia do século XIX era a da supremacia da lei. A lei era entendida como proveniente da Nação, representada no Parlamento. A lei garantia os direitos e deveria ser obedecida também pelo Estado, personificação jurídica da Nação, que se configurava em Estado de Direito, ou seja, o Estado que obedece ao direito posto por este mesmo Estado. A questão da unidade política estava resolvida. Os direitos, então, se fundam no ato soberano de autolimitação do Estado (Selbstverpflichtung des Staates), ou seja, ao criar o direito, o Estado obriga-se a si mesmo e, ao se submeter ao direito, também se torna sujeito de direitos e deveres.

Com o advento do Estado pós-liberal, a partir da guerra de 1914-1918, o Estado assume a realização de certas finalidades gerais de interesse público. Nesse sentido, ensina Fábio Konder Comparato que:

Tanto as pessoas privadas, quanto os poderes públicos, são obrigadas a dirigir suas atividades em vista dos fins superiores, estabelecidos na Constituição. Como se percebe, a função primordial do Estado liberal consistia na produção do Direito, por meio da edição de leis; enquanto que a função primordial do Estado pós-liberal passou a ser a produção de políticas ou programas de ação. No primeiro caso, o Direito apresentava um caráter meramente declaratório da “ordem natural das coisas”; no segundo, ele se torna um instrumento de consecução de fins, ou seja, assume o caráter de norma técnica. A própria lei perde a majestade tradicional de uma declaração de princípios, para se apresentar, muita vez, como simples medida ou providência de conjuntura: são as Einzelfall- und Massnahmegesetze.²

¹ BERCOVICI, Gilberto, O ainda indispensável direito econômico, Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato, São Paulo, ed. Martinus Nijhoff, 2009, p. 507.

² COMPARATO, Fábio Konder. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988*, Revista dos Tribunais, Maio 2010, vol. 6, p. 403/428.

É dentro desse desenho de Estado pós-liberal que a Constituição Federal de 88 agrupou em seu artigo 170 os princípios da ordem econômica, dentre os quais se insere a defesa do consumidor, no inciso IV. O princípio da defesa do consumidor, incluído pela Constituição de 1988, configurou novidade no direito constitucional brasileiro, já que nenhuma das constituições anteriores o previu. Mencionado princípio cumpri dupla função, ou seja, atua como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos a existência digna e assume a feição de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.³

A ordem econômica consiste no conjunto de normas previstas na Constituição que disciplina os objetivos e o modelo para a economia, além das hipóteses de intervenção do Estado nessas questões.

Da análise do art. 170 da Constituição, verifica-se que a ordem econômica está fundada em dois pilares, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Mencionados fundamentos têm como finalidade precípua garantir a todos uma existência digna, em consonância com os ditames da justiça social. Nesse sentido, é possível constatar que a Constituição Federal optou por adotar o modelo capitalista de livre mercado e de iniciativa, mas sem abandonar o objetivo de alcançar a justiça social. Sobre o tema, ensina Celso Ribeiro Bastos:

Uma observação genérica sobre a disciplina jurídica da ordem econômica no Texto Constitucional aponta para os seguintes fatos. Em primeiro lugar, há uma definição muito clara dos princípios fundamentais que a regem, quais sejam liberdade de iniciativa, propriedade privada, regime de mercado, etc. Existe, portanto, uma intenção bastante nítida de limitar a presença econômica do Estado. Há uma clara definição pelo sistema capitalista do ponto de vista principiológico. [...] Afigura-se, portanto, alentador o quadro oferecido pela Constituição de 1988, no que diz respeito aos princípios adotados na seara econômica.⁴

Sobre o conceito de livre iniciativa aplicado na ordem econômica, ensina Eros Grau⁵:

Livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no art. 170, caput, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda a livre iniciativa se esgota na liberdade econômica ou de iniciativa econômica. Dela – da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade.

³ GRAU, Eros Roberto, *A ordem Econômica na Constituição de 1988*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 245.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 112 e 113

⁵ GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 197/198.

(...)

Entre nós, no plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e com fundamento da ordem econômica. Ao princípio dá concreção a própria Constituição, nas regras (normas) inscritas, v.g., nos seus arts. 5º -incisos, II, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX – e 206, II.

A intervenção do Estado na ordem econômica pode ser entendida como o exercício do poder-dever do Estado de tutela do interesse público, em consonância com os ditames constitucionais. Segundo Eros Grau⁶, existem três tipos de intervenção do Estado na ordem econômica:

- i) “Intervenção por participação ou absorção: modalidade de atuação do Estado no processo econômico, que ocorre quando o Estado assume ou participa do capital de unidade econômica que detêm o controle patrimonial dos meios de produção e troca”
- ii) “Intervenção por direção: modalidade de atuação do Estado sobre o processo econômico, que ocorre quando a organização estatal exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsórios para os sujeitos da atividade econômica”
- iii) “Intervenção por indução: também modalidade de atuação do Estado sobre o processo econômico, ocorrendo quando o Estado passa a manipular o instrumental de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado, não sendo seu cumprimento obrigatório juridicamente”.

No caso das relações bancárias/financeiras vigora a livre iniciativa das atividades, no entanto um dos fatores que leva o Estado a intervir nessa relação, com reflexos na ordem econômica é, muitas vezes, a necessidade de corrigir falhas de mercado, como o forte poder econômico exercido pelas instituições financeiras.

De acordo com Fábio Nusdeo⁷, existem cinco grandes inoperacionalidades que revelam a ineficiência do mercado:

- i) “crises de super ou sub produção geradas pela falta de mobilidade de fatores;”
- ii) “acesso deficiente, pelos agentes econômicos a todas as informações relevantes;”
- iii) “concentração empresarial derivada do fenômeno das economias de escala que elimina o jogo concorrencial corrompendo a estrutura mercantil;”

⁶ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981, p. 66-67

⁷ NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para a codificação do direito econômico*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p. 22.

- iv) “efeitos externos da atividade econômica produzindo custos e benefícios sociais – as externalidades – que ficam sem compensação e assim deixam de sinalizar adequadamente a escassez;”
- v) “impossibilidade de captar as necessidades da comunidade por bens de caráter coletivo, isto é, aqueles que atendem concomitantemente as necessidades de um número razoavelmente de pessoas.

Diante das falhas de mercado, o Estado intervém no domínio econômico estabelecendo objetivos de políticas econômicas definidos, que terão reflexos diretamente no desenvolvimento do sistema econômico do país. Assim, o Estado atua estimulando a eficiência do mercado a fim de que a sociedade seja beneficiada com objetivos previamente estabelecidos. Nesse sentido, menciona Dalton Tria Cusciano⁸:

Conclui-se então que o Estado intervém no domínio econômico buscando eficiência e o desenvolvimento econômico por meio da correção das falhas de mercado, possibilitando a captação das necessidades da comunidade por bens de caráter coletivo, fornecendo todas as informações relevantes para os agentes econômicos, incentivando o jogo concorrencial, possibilitando a mobilidade de fatores e reduzindo as externalidades.

Tal intervenção ocorrerá, sobretudo, por meio da regulação.

A tensão gerada pelo conflito entre o interesse econômico, na busca do lucro, inerente ao sistema capitalista, e o interesse de consumidores teve especial atenção, sob o ponto de vista econômico na Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 170, V da Constituição Federal, conforme já mencionado.

A defesa do consumidor, um dos princípios da ordem econômica, preserva os direitos básicos do indivíduo no âmbito das relações econômicas e tem por finalidade efetivar o equilíbrio nas relações jurídico-econômicas na ponta da cadeia produtiva. As ações estatais devem proporcionar acesso à informação adequada para a tomada de decisão, proteção contra práticas abusivas tanto de fornecedores como de consumidores, proteção contratual, estabelecendo direitos mínimos e interpretação mais benéfica de cláusulas e facilitação da defesa de direitos, como a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

A interpretação das normas que prestigia a proteção ao consumo impacta sobremaneira a economia brasileira. Importante ressaltar que as normas consumeristas não se resumem à proteção do consumidor em detrimento do fornecedor ou vice-versa. A finalidade do sistema foi estabelecer um equilíbrio entre as partes caso estas se encontrem em um

⁸ CUSCIANO, Dalton Tria Cusciano *Auto-Regulação e desenvolvimento do mercado de valores brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, versão eletrônica.

patamar diverso que cause desarmonia nas relações de consumo. Embora o CDC tenha surgido para a tutela do consumidor, existem normas nele previstas que protegem também o fornecedor, como, por exemplo, acontece quando o consumidor adquire uma mercadoria presencialmente na loja e esta apresenta defeito. O fornecedor, nesse caso, não é obrigado a trocar a mercadoria por outra nova, mas em princípio ele tem o prazo de 30 dias para efetuar o reparo, nos termos do art. 18, § 1º, do CDC.

Outro exemplo em que não houve total interpretação favorável ao consumidor é a decisão adotada pelo STF por meio do tema 210 da repercussão geral, que fixou a seguinte tese no que se refere ao transporte aéreo:

“nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”⁹.

Assim, vemos que o CDC prezou pelo equilíbrio das relações de consumo e não pela prevalência de uma parte sobre a outra, já que para a saúde econômica da nação, faz-se necessário a equalização das forças no mercado. O CDC deve ser encarado como um código geral sobre o consumo, que institui normas e protege todos os agentes da relação consumerista.

Nesse sentido, o próprio CDC em seu art. 4.º, III¹⁰, fixa os princípios da ordem econômica como diretrizes para a harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, o que evidencia a íntima relação entre as normas protetivas do consumidor e a ordem econômica.

Os princípios constitucionais devem ser observados quando da aplicação do princípio da defesa do consumidor. Os direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6.º do CDC, integram os direitos fundamentais previstos na CF, por força do previsto no § 2.º do art. 5.º desta. O intérprete deve compatibilizar tais direitos, sob pena de se tornar inócuo o princípio da defesa do consumidor. Assim, a aplicação de todas as regras previstas no CDC deverão respeitar a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, observando-se o fim da

⁹ Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, STF, Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 25.05.2017.

¹⁰ A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica.

existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os nove princípios previstos nos incisos do art. 170 da CF: *i*) a soberania nacional; *ii*) a propriedade privada; *iii*) a função social da propriedade; *iv*) a livre concorrência; *v*) defesa do consumidor; *vi*) a defesa do meio ambiente; *vii*) a redução das desigualdades regionais e sociais; *viii*) a busca do pleno emprego; e *viii*) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Não respeita os princípios constitucionais da ordem econômica, tampouco respeita o consumidor o produto mais barato, mas que é danoso ao meio ambiente ou à livre concorrência. Para que a ordem econômica seja estabelecida é necessário que o produto seja bom para o consumidor e não viole os princípios da ordem econômica.

Assim, um produto de origem de mão de obra quase escrava que não respeita direitos trabalhistas e despreza a valorização do trabalho humano não pode ser inserido no mercado de consumo, porque não encontra ressonância com o art. 170 da Constituição Federal, que funda a ordem econômica na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com vistas a assegurar a todos existência digna.

Da mesma forma, um contrato bancário que vulnera o consumidor porque não lhe fornece transparência em suas cláusulas não pode ser considerado em consonância com a ordem econômica, porque viola princípio da defesa do consumidor também previsto como princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF e art. 4º, III, do CDC).

1.1 Defesa do consumidor como direito fundamental

A origem da preocupação do direito do consumidor tal qual conhecemos hoje se atribui ao discurso do Presidente John Kennedy no Congresso dos Estados Unidos no ano de 1962: “ao enunciar a necessidade de proteção do consumidor, referiu como direitos básicos o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito a ser ouvido. A partir de então diversas leis foram aprovadas nos Estados Unidos, ainda nos anos 60, contendo normas de proteção dos consumidores norte-americanos”¹¹.

Em 1972, foi realizada em Estocolmo/Suécia a Conferência Mundial do Consumidor e em 1973 a Comissão da ONU sobre os Direitos do Homem deliberou que os quatro direitos então anunciados por Kennedy deveriam ser considerados direitos fundamentais dos consumidores. Após evolução do debate e da discussão acerca dos direitos dos consumidores, a Organização das Nações Unidas, em 16 de abril de 1985, estabeleceu a Resolução n.º

¹¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

39/248. Esta não apenas regulou a necessidade de proteção dos consumidores em face do flagrante desequilíbrio das relações para com os fornecedores, como também regulou expressamente a matéria para garantir diversos direitos, como por exemplo, da proteção do consumidor aos riscos à saúde e à segurança, bem como o direito a uma informação adequada por parte dos consumidores.

Segundo Leandro Lages “A iniciativa norte-americana de consolidar a sua legislação consumerista, possibilitando a criação de um direito próprio ao consumidor, motivou as Nações Unidas, em 1985, a orientar e sugerir aos governos membros que desenvolvessem políticas firmes de proteção ao consumidor. Pela primeira vez, em nível mundial, se reconhecia direitos do consumidor, um reconhecimento que chegou ao Brasil em 1988, com a Constituição Federal.”¹²

Especificamente no caso brasileiro, até o advento da Constituição Federal de 1988, as relações privadas entre consumidores e fornecedores eram reguladas pelo Código Civil de 1916. Inexistia, portanto, qualquer privilégio da parte hipossuficiente na relação negocial. Nesse sentido, ilustra Fábio Konder Comparato¹³:

(...) enquanto no direito romano clássico, a venda tem por objeto, em princípio, a coisa tal qual é, no direito justiniano seu objeto é a coisa tal qual deveria ser (cf. Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, t. II, 1948, págs. 157/158). Quer isto significar que, se no período clássico o vendedor não responde pelos vícios da coisa por ele desconhecidos, no direito de Justiniano essa responsabilidade lhe é atribuída mesmo no caso de ignorância. O comprador tinha dois tipos de ações, ambas *bonae fidei*, para se proteger contra esses defeitos ocultos: a *redhibitoria* e a *quanti minoris*, conforme fosse sua intenção resolver o contrato ou obter simples abatimento no preço pago. Provando, no entanto, que o vendedor conhecia o vício da coisa, teria direito à restituição do que pagou em dobro.

Tais normas foram substancialmente recebidas no Código de Napoleão, e de lá passaram a todos os demais Códigos ocidentais. Ora, é significativo da evolução operada no direito moderno, nessa parte, que a jurisprudência francesa passou a interpretar a norma do art. 1.645 do Code Civil, análoga ao disposto no art. 1.103 do nosso Código, no sentido de que, tratando-se de vendedor comerciante e de comprador consumidor, ocorre uma presunção absoluta de conhecimento dos defeitos ocultos pelo vendedor, sendo ele, portanto responsável por perdas e danos, além da restituição do preço. De acordo com o julgado em vários acórdãos da Corte de cassação daquele país (Câmara Civil, 19.1.1965, Dalloz 1965, 389; idem 28.11.1966, Dalloz 1967, 99; Câmara Comercial, 4.6.1969, Dalloz 1970,51), “deve ser assimilado ao vendedor que conhecia os vícios da coisa o que, pela sua profissão, não podia ignorá-los ou era obrigado a conhecê-los”, princípio aplicado, notadamente, ao fabricante de

¹² LAGES, Leandro Cardoso, *Direito do consumidor*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pag. 07.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder, *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – 15/16, pag. 92.

automóveis (Corte de Cassação, Câmara Comercial 1.12.1964, Bulletin civil, III, pág. 574). De qualquer forma, porém, não se extravasa do quadro contratual da compra e venda, ainda que alargando o âmbito tradicional de suas normas.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o consumidor, individual e coletivo, como sujeito de direito, assegurando a ele proteção constitucional como direito fundamental, nos termos do art. 5º, XXXII, logo se classificando como cláusula pétrea¹⁴. Nesse sentido ensina Osvaldo Agripino de Castro Júnior¹⁵:

Em decorrência da importância da proteção do consumidor no mundo moderno e na ordem econômica, o constituinte originário (1987-1988) inseriu o direito do consumidor como direito fundamental, portanto, cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV, CF/1988) não sendo possível a sua retirada, sequer através de Emenda Constitucional. Esse direito do consumidor, como direito fundamental, veio para fazer face às concepções individualistas e voluntaristas (autonomia da vontade das partes) do liberalismo, que deixou o indivíduo consumidor numa posição de vulnerabilidade diante do empresário, sendo o princípio da vulnerabilidade um dos elementos que identificam o consumidor na análise da aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor, de modo que é requisito essencial para verificar se a relação é de consumo (destinatário final) ou intercomerciantes, que são atividades tipicamente profissionais que excluem das normas do Código de Defesa do Consumidor todos os contratos firmados entre dois consumidores não profissionais.

A Constituição Federal, ainda, determinou nos atos das disposições transitórias a elaboração, no prazo de 120 dias, do Código da Defesa do Consumidor:

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:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹⁴ O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

¹⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino, *Introdução à ordem constitucional econômica à luz do direito e desenvolvimento*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 65/2008, pag. 202/244, out-dez/2008.

Vale lembrar que, segundo o princípio da força normativa da constituição, apregoado por Konrad Hesse¹⁶, a norma constitucional tem *status* de norma jurídica, possui força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. As normas não possuem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Existe íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade. Assim, surge a ideia de um sujeito de direito vulnerável, que necessita ser protegido pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo de forma positiva.

O princípio da defesa do consumidor configura liberdade pública, implicando a obrigação de não fazer do Estado, bem como uma ação positiva. Segundo a classificação de José Afonso da Silva¹⁷ a defesa do consumidor é norma de eficácia programática, que objetiva atribuir ao Estado uma finalidade. Essa norma gera uma obrigação política, legislativa e jurídica para o Estado, ou seja, tem a função de implementar políticas públicas para a defesa do consumidor, como a criação de um sistema nacional de defesa do consumidor, conforme previsto no art. 105 do CDC. Ao Estado também incumbe uma obrigação negativa, especialmente quando sopesamos o princípio da defesa do consumidor com outros dispositivos do art. 5.º da CF, como ocorre com a liberdade de associação (art. 5.º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, CF), proteção da imagem (art. 5.º, X, CF); de dados (art. 5.º, XII, CF); etc., surgindo um espaço de aplicação para esses direitos nas relações de consumo.

Segundo apregoa Tiago Cardoso Zapater poderíamos dizer que, por meio do § 2.º do art. 5.º da CF, os direitos enumerados no art. 6.º do Código são também direitos fundamentais, gerando-se para o Estado a obrigação de: *i*) respeitar, enquanto prestador de serviços ou explorador de atividade econômica, os direitos lá enumerados; *ii*) reconhecer tais direitos ao cidadão quando opostos a quem quer que seja; e *iii*) proporcionar a realização desses direitos sem que seja necessária uma oposição jurídica, por meio de políticas públicas.¹⁸

O Código de Defesa do Consumidor instituiu a política nacional das relações de consumo, conforme se depreende de seu capítulo II, artigos 4º e 5º, traçando objetivos e princípios, com o fim de disponibilizar ao consumidor instrumentos capazes de colocá-lo em condições de igualdade perante o fornecedor.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, pag. 14.

¹⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁸ ZAPATER, Tiago Cardoso. Interpretação constitucional do código de defesa do consumidor e a pessoa jurídica como consumidor - monografias com menção honrosa. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 40/2001, p. 170/198.

As normas de direito do consumidor são de ordem pública, cogentes, imperativas, não podem ser afastadas pelas partes ou pelo juiz, que deve aplicá-las de ofício, com exceção da previsão da súmula 381 do STJ¹⁹. Trata-se de disposições de interesse social, já que protegem interesses que transcendem o particular, objetivando a equilibrar relações desiguais. Correspondem, ainda, a normas de natureza principiológicas que influenciam a interpretação de todas as demais regras de proteção ao consumidor, servindo como um vetor de qualquer norma que venha a beneficiar o consumidor.

Ante a vulnerabilidade técnica, fática e jurídica nesta relação, o direito do consumidor surge para tentar equilibrar as negociações comerciais dando um tratamento privilegiado aos que estão em situação jurídica desigual. Priorizando a parte mais frágil, este ramo do direito procura equilibrar os pratos da balança, oferecendo proteção jurídica ao consumidor ante as contratações com fornecedores. O CDC deve ser considerado norma principiológica, com eficácia supralegal, da qual irradiam diversas orientações para a produção de outras leis que protejam os interesses dos consumidores.

1.2 Princípios do direito do consumidor no microsistema do CDC

O Código de Defesa do Consumidor foi inspirado em vários modelos legislativos estrangeiros, mas foi o Código de Consumo francês nossa principal influência.

O CDC constitui um microsistema multidisciplinar, na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do consumidor, de forma coordenada. Em outras palavras, possui em seu conteúdo normas de diversas disciplinas jurídicas: civil (arts. 8º/54); administrativo (arts. 55/60 e 105/106); penal (arts. 61/80); e jurisdicional (arts. 81/104).

Sobre o tema, ressaltamos a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho ao ensinar que microsistema: “é uma expressão cunhada pelo Prof. Natalino Irti, da Universidade de Roma, nos anos 1970, para indicar a transformação ocorrida no âmbito do direito privado”.²⁰ Explica o autor, em síntese, que do monossistema característico do Código Civil, mudou-se para o polissistema próprio da sociedade pluralista contemporânea.

Para a escola jusnaturalista,²¹ os princípios gerais do direito não possuíam força de lei. Sua aplicação era feita em caráter suplementar. Havendo lacuna, utilizavam-se os princípios

¹⁹ Súmula 381 do STJ: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito de consumidor*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

²¹ Para a doutrina jusnaturalista, o direito positivo nunca se adequa completamente à lei natural, porque o direito positivo contém elementos variáveis e mutáveis em todo o lugar e em todo o tempo, portanto, segundo esta

extraídos do direito natural.²² Para escola positivista, os princípios são extraídos do próprio ordenamento jurídico, mas não possuem força normativa. Já para a escola pós-positivista, os princípios estão previstos expressa ou implicitamente no próprio ordenamento jurídico e possuem força normativa. Entendem que se diferem das normas quanto à forma e quanto ao conteúdo.

No entanto, as decisões baseadas no CDC transpassam o mero ato de interpretar, mas devem estar baseadas em teses argumentativas, que segundo Chaïm Perelman²³ se desenvolve evitando os excessos tanto do positivismo, que aceita os dogmas ou verdades absolutas como do ceticismo e do niilismo que adota o relativismo radical que apregoa que não há verdade. Sobre a interpretação do sistema jurídico ensina Rizzatto Nunes²⁴:

Como se sabe, o sistema jurídico (brasileiro, como de resto os demais sistemas constitucionais contemporâneos) é interpretável a partir da ideia de sistema hierarquicamente organizado, na qual se tem no topo da hierarquia a Constituição Federal.

Qualquer exame da norma jurídica infraconstitucional deve iniciar, portanto, da norma máxima, daquela que irá iluminar todo o sistema normativo. A análise e o raciocínio do intérprete se dão, assim, dedutivamente, de cima para baixo. A partir disso o intérprete poderá ir verificando a adequação e constitucionalidade das normas infraconstitucionais que pretende estudar.

A inconstitucionalidade ele resolverá, como o próprio nome diz, apontando o vício fatal na norma infraconstitucional. A adequação será norteada para o esclarecimento, ampliação e delimitação do texto escrito da norma infraconstitucional, bem como para a apresentação precisa de seus próprios princípios. É a Constituição Federal, repita-se, o órgão diretor.

É um grave erro interpretativo, como ainda se faz, iniciar a análise dos textos a partir da norma infraconstitucional, subindo até o topo normativo e principiológico magno. Ainda que a norma infraconstitucional em análise seja bastante antiga, aceita e praticada, e mesmo diante do fato de que o texto constitucional seja muito novo, não se inicia de baixo. Em primeiro lugar vem texto constitucional.

(...)

Com efeito, o ato interpretativo está diretamente ligado à noção de sistema jurídico. Na verdade, é da noção de sistema que depende grandemente o sucesso do ato interpretativo. A maneira pela qual o

corrente de pensamento, as normas de direito positivo seriam realizações imperfeitas que apenas se aproximariam das normas do direito natural (ABBAGNANO Nicola, Dicionário de Filosofia, 3ª ed., Utet, 1998, págs. 621 a 641)

²² O direito natural que os escritores chamam de “jus naturale” é a liberdade que de toda pessoa tem de usar o seu próprio poder a seu arbítrio para a conservação da sua natureza, isto é, da sua vida, e, conseqüentemente, de fazer qualquer coisa que, segundo o seu próprio juízo e a sua razão considere como o meio mais idôneo para este fim. (HOBBS Thomas, *Leviatano*, Editora Laterza, Roma: 2011, pág. 105)

²³ Chaïm Perelman (1912-1984) nasceu na Polônia, mas passou a maior parte de sua vida em Bruxelas (Bélgica), onde estudou e lecionou. Ao desenvolver sua argumentação não formal, baseada na retórica contingente (que considera o auditório, que está ouvindo, abandonando a pretensão universalista da lógica formal), Perelman admite que o raciocínio jurídico é influenciado pelo contexto econômico, político, ideológico, social ou cultural.

²⁴ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, versão digital.

sistema jurídico é encarado, suas qualidades, suas características, são fundamentais para a elaboração do trabalho de interpretação.

Ressalte-se que o Poder Judiciário trabalha de maneira argumentativa e muitas vezes exerce função contramajoritária, de modo que as decisões não podem se afastar da razoabilidade à luz da legislação e da interpretação dos princípios do sistema jurídico.

1.2.1 Princípio da vulnerabilidade

Caracteriza-se pela ideia que o consumidor se encontra em uma posição de inferioridade em relação ao fornecedor. Possui fundamento na CF, tendo em vista que a defesa do consumidor é um direito fundamental, bem como um princípio que rege a ordem econômica, conforme já mencionado. Encontra-se expressamente previsto no art. 4º, I do CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I - Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

O reconhecimento da vulnerabilidade decorre do princípio constitucional da isonomia que confere tratamento desigual aos desiguais. A ideia é exatamente tratar de maneira desigual duas pessoas que no momento da contratação estão em situações diferentes, com o intuito de equipará-las, equilibrando a relação jurídica.

Para justificar a aplicação do princípio da vulnerabilidade adotado pelo Código de Defesa do Consumidor e a existência do tratamento diferenciado que ele propõe, ensina Jorge Miranda que:

“os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para exercê-los, é preciso que estas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (...) mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou até certas vantagens especificamente a determinadas pessoas – as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção – a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista

alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins”.²⁵

Cumprе destacar que o conceito de vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiênciа. Embora ambos os institutos estejam relacionados com a lassidão do fornecedor perante o consumidor em suas relações no mercado de consumo, a vulnerabilidade está relacionada com o direito material, com presunção absoluta, enquanto que a hipossuficiênciа consiste em fenômeno de direito processual, com presunção relativa de incidência. Daí porque apesar de o consumidor pessoa física possa ser considerado vulnerável, nem todos gozarão do benefício da inversão do julgamento, previsto no art. 6º, VIII, do CDC. Sobre o tema, ensina Bruno Miragem:

“Neste sentido, é necessário distinguir entre vulnerabilidade e hipossuficiênciа, ambas as expressões presentes no CDC. No caso da hipossuficiênciа, prevista no art. 6º, VIII, do CDC, a noção aparece como critério de avaliação judicial para a decisão sobre a possibilidade ou não de inversão do ônus da prova em favor do consumidor. (...) A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica”.²⁶

Nessa mesma linha, ensina Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin:

“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiênciа é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiênciа do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do CDC. A hipossuficiênciа, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII)”.

Ainda sobre a vulnerabilidade, discorre Sérgio Cavalhieri Filho:

“Hipossuficiênciа é um agravamento da situação de vulnerabilidade, uma *plus*, uma vulnerabilidade qualificada. Além de vulnerável, o consumidor vê-se agravado nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou ambos. O conceito de hipossuficiênciа está mais ligado a aspectos processuais. O CDC

²⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, p 225 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 48.

²⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

empregou a expressão hipossuficiência só para as hipóteses de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) a ser determinada pelo juiz diante do caso concreto”.²⁷

A vulnerabilidade pode ser classificada como: técnica, jurídica, econômica e informacional.

1.2.1.1 Vulnerabilidade técnica

A vulnerabilidade técnica configura-se pelo desconhecimento, por parte do consumidor, dos conhecimentos técnicos e sobre as características do produto/serviço. Desta forma, a vulnerabilidade decorre da não participação do consumidor na produção do bem.

Eventualmente, o consumidor profissional poderá ser considerado um vulnerável técnico, nos casos em que o produto ou o serviço adquirido não tiver relação com a sua formação, competência ou área de atuação.

O fornecedor detém o monopólio dos meios de produção e é ele quem possui o conhecimento a respeito dos bens de consumo produzidos ou vendidos. Diante da expertise do fornecedor, presume-se que ele é o conhecedor, por exemplo, da matéria-prima utilizada na produção de um computador, na confecção de um sapato ou do tipo de agrotóxico empregado na produção de hortifrutigranjeiros. O consumidor, por sua vez, caracteriza-se por sua vulnerabilidade com relação às questões de ordem técnica. “O que determina a vulnerabilidade, neste caso, é a falta de conhecimentos específicos pelo consumidor e, por outro lado, a presunção ou exigência destes conhecimentos pelo fornecedor”.²⁸

1.2.1.2 Vulnerabilidade jurídica ou científica

A Vulnerabilidade jurídica ou científica consiste no desconhecimento, por parte do consumidor, dos seus direitos e deveres, abrangendo aspectos econômicos e contábeis. Envolve a carência de conhecimento acerca da matéria jurídica ou em relação a outros ramos científicos como a economia ou a contabilidade. Tal situação ocorre à evidente fraqueza do consumidor na apreciação das cláusulas dos contratos de consumo que são, em sua grande parte, contratos de adesão, que são elaborados de forma exclusiva pelo fornecedor, com a impossibilidade do consumidor discutir os termos da contratação no contrato-padrão.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 47-48.

²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

1.2.1.3 Vulnerabilidade fática ou socioeconômica

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica consiste na condição de debilidade do consumidor decorrente de circunstâncias de fato que levam o fornecedor a ser superior financeira, social e culturalmente ao consumidor. Assim, o fornecedor, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu forte poderio econômico ou em razão da essencialidade do serviço que fornece, impõe sua superioridade a todos que com ele contratem.

1.2.1.4 Vulnerabilidade informacional

A vulnerabilidade informacional está ligada à posição de fragilidade do consumidor com relação às informações veiculadas do produto/serviço. Refere-se aos esclarecimentos acerca dos bens de consumo e sobre sua influência cada vez maior no poder de persuadir o consumidor no momento de escolher o que comprar ou contratar no mercado de consumo. Podemos ainda descrever a vulnerabilidade informacional como a “característica da atual sociedade, conhecida como sociedade da informação, em que o acesso às informações do produto, e a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, *a priori*, de atestar a veracidade dos dados, bem com suscetível aos apelos do *marketing* dos fornecedores”.²⁹

1.2.1.5 Hipervulnerabilidade

Segundo Cláudia Lima Marques³⁰ determinados grupos de consumidores merecem uma tutela maior em relação aos demais, diante do alto nível de debilidade em que se encontram no mercado de consumo, como ocorre com as gestantes, crianças, idosos, enfermos, portadores de necessidades especiais, analfabetos, dentre outros. Assim, se já existe a presunção legal de que os consumidores são os vulneráveis da relação jurídica de consumo, foi identificada mais recentemente uma nova categoria de pessoas que se encontram na condição de hipervulnerabilidade, cuja fragilidade se demonstra em maior grau de relevância ou de forma agravada. Dentre os casos citados, podemos exemplificar a

²⁹ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 68.

³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 330.

impossibilidade física de se dirigirem a um caixa preferencial no segundo andar de uma agência bancária cujo acesso se dá apenas por escadas; a questão da publicidade voltada para o público infantil que merece maiores cuidados em razão da sua deficiência de julgamento, cuja maturidade intelectual ainda está em formação³¹; idoso e os serviços de crédito consignado em folha de pagamento de aposentadoria³² ou os aumentos estratosféricos nos valores dos planos de seguro-saúde envolvendo a mudança de faixa etária³³; e os doentes e as inúmeras práticas abusivas, como a limitação do tempo de internação.³⁴

1.2.2 Princípio da harmonia nas relações de consumo

O princípio da harmonia nas relações de consumo está previsto no art. 4º, III, do CDC, e estabelece dois objetivos: a compatibilização entre os interesses dos participantes das relações de consumo, bem como o equilíbrio entre a tutela do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico, a fim de viabilizar os princípios em que se baseia a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), com respeito à boa-fé e ao equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

O objeto de compatibilização dos interesses dos participantes das relações de consumo está relacionado com a igualdade substancial das partes, tendo em vista que suas normas não se limitam a alcançar a igualdade perante a lei, mas também conferir direitos aos mais frágeis da relação, bem como impor deveres aos fornecedores com o propósito maior de concretizar a isonomia material.

O Código de Defesa do Consumidor embora estabeleça um conjunto de normas voltado à tutela do vulnerável não objetiva se impor como um diploma arbitrário, mas sim equalizar as forças dos atores da relação de consumo, harmonizando os interesses envolvidos.

1.2.3 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva representa o padrão de conduta que deve ser observado por todos os fornecedores no mercado de consumo, com base em valores éticos, de modo a respeitar as expectativas do consumidor naquela relação jurídica.

³¹ Apelação 0014636-55.2013.8.26.0053, TJ/SP, Rel. Maria Laura Tavares, j.17.12.2018

³² Apelação 1000254-73.2019.8.26.0168, TJ/SP, Rel. Sergio Gomes, j. 31.01.2020

³³ Apelação 1011595-28.2018.8.26.0008, TJ/SP, Rel. Edson Luiz de Queiroz, j. 10.06.2020.

³⁴ Apelação 1003386-65.2019.8.26.0451, TJ/SP, Rel. Rosangela Teles, j.01.06.2020

O fundamento é constitucional, de modo implícito (art. 1º, III e art. 3º I da CF), decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade, e legal, de modo expresso (art. 4º, III CDC e arts. 113, 187 e 422, CC).

Sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem econômica, Eros Grau³⁵ pontua que:

A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º, como princípio político constitucionalmente conformador (Canotilho); no art. 170, caput, como princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) – ou ainda, direi eu, como norma-objetivo. Nesta segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí por que se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

A boa-fé prevista no CDC é a objetiva, cujo enfoque é a relação no plano dos fatos, aspectos externos e regras de comportamento que impõem aos participantes da relação obrigacional um agir pautado na lealdade e confiança. Diferente do que ocorre com a boa-fé subjetiva que se preocupa com questões de ordens internas, psicológicas dos sujeitos de direito. Este também é o entendimento da doutrina consumerista, conforme apregoa Rizzato Nunes: “a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.”³⁶

1.2.3.1 Princípio da boa-fé objetiva e os deveres anexos/laterais/secundários

Sobre o princípio da boa-fé subjetiva cumpre destacar o ensinamento de Bruno Miragem:

“a boa-fé subjetiva não se trata de princípio jurídico, mas tão somente de um estado psicológico que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos. A boa-fé subjetiva, neste

³⁵ GRAU, Eros Roberto, *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 192/193.

³⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 132.

sentido, diz respeito, invariavelmente, à ausência de conhecimento sobre determinado fato, ou simplesmente a falta de intenção de prejudicar.”³⁷

Tema importante no que se refere à boa-fé objetiva corresponde aos seus deveres anexos, também conhecidos como laterais ou secundários. Além dos principais deveres da relação de consumo, como é o caso do dever do consumidor de pagar o prestador de um serviço e o do fornecedor de prestá-lo, existem também os deveres anexos que abrangem os deveres de informação, cooperação e de proteção.

O dever de informar não se resume ao ato de oferecer informações sobre o conteúdo, qualidades, características, modo de utilização do produto ou do serviço, mas sim a um dever de informar qualificado, que abrange a compreensão efetiva pelo consumidor. Assim, para que o dever de informar seja cumprido o fornecedor deve preencher os requisitos de adequação, suficiência e veracidade.

A adequação diz respeito aos meios de informação utilizados e com o respectivo conteúdo. Os meios devem ser compatíveis com o produto ou com o serviço determinados e com o consumidor destinatário típico. Já a suficiência relaciona-se com a completude e a integralidade da informação. Não se tolera a precariedade ou lacunas, quase sempre intencionais, relativamente a dados ou referências não vantajosas ao produto ou serviço. A ausência de informação sobre prazo de validade de um produto alimentício, por exemplo, gera a confiança no consumidor de que possa ainda ser consumido, enquanto a informação suficiente permite-lhe escolher aquele que seja de fabricação mais recente. A veracidade, por fim, é o terceiro dos mais importantes requisitos do dever de informar. Considera-se veraz a informação correspondente às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca da composição, conteúdo, preço, prazos garantias e riscos. A publicidade não verdadeira, ou parcialmente verdadeira, é considerada enganosa e o direito do consumidor destina especial atenção a suas consequências.

O dever de cooperação concretiza a harmonia nas relações jurídicas de consumo e prevê que o fornecedor deve facilitar o exercício dos direitos consumeristas, como, por exemplo, a não imposição de óbices como a fixação de local e hora para o adimplemento da obrigação na medida em que a dívida pode ser paga em qualquer estabelecimento bancário.

Por fim, “no que se refere aos deveres de proteção e cuidado com relação à pessoa e ao patrimônio da outra parte, o CDC igualmente prevê este efeito decorrente do princípio da boa-

³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 75-76.

fé ao consagrar os direitos do consumidor a saúde e a segurança, e ao estabelecer, em consequência, o dever do fornecedor de respeitá-los (art. 8º a 10 do CDC).”³⁸

1.2.4 Princípio da educação e da informação

O art. 4º, IV, do Código de Defesa do Consumidor, prevê os princípios “da educação e da informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”. Tal princípio é de relevância destacada em nosso país tão carente de um sistema educacional adequado e satisfatório, ao menos para a maior parte dos brasileiros.

O incremento na educação acerca de direitos de consumo só tende a melhorar a convivência social, razão pela qual o princípio da educação e da informação embora por vezes desprezado é de grande relevância e seu fomento não pode ser relegado a segundo plano.

Exemplo sob o enfoque do princípio da educação e da informação podemos destacar a edição da Lei n.º 12.291, de 20 de julho de 2010, que exige um exemplar do Código de Defesa do Consumidor em cada estabelecimento comercial.

Já o princípio da informação impõe que a informação falha, defeituosa ou incompleta gera o dever de indenizar, como, por exemplo, ocorre em situações em que o rótulo de embalagens de produtos alimentícios são omissos, bem como informações incompletas ou duvidosas como taxa de juros em contratos, valores cobrados em conta de telefone, riscos do produto, etc. A informação deve ser completa. A omissão de informação relevante pode, também, caracterizar propaganda enganosa, nos termos dos artigos 30, 31 e 36 do CDC.

1.2.5 Princípio da coibição e repressão ao abuso

Previsto no art. 4º, VI, da Lei 8.078/90 trata-se do princípio que estabelece a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.

Pela análise do dispositivo supramencionado, verifica-se a preocupação do legislador ordinário em tentar coibir o abuso nas relações de consumo. Assim, as autoridades competentes devem se esforçar ao máximo para bem fiscalizar e evitar a ocorrência de

³⁸ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 77.

condutas abusivas no mercado de consumo. E diante da comprovação da ocorrência de abusividade, não restará alternativa senão reprimi-la, como prevê vários dispositivos legais inseridos nos CDC, como é o caso do art. 39 que exemplifica práticas abusivas peremptoriamente vedadas e o art. 51 que traz um rol exemplificativo de cláusulas abusivas que são consideradas nulas de pleno direito.

1.2.6 Princípio da função social do contrato

A regra geral adotada pelo direito civil emprega a ideia da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). No entanto, no direito do consumidor ganha força a função social do contrato, não podendo se aceitar cláusulas draconianas e prejudiciais aos consumidores, naturalmente vulneráveis ante os fornecedores. Assim, em oposição ao princípio da força obrigatória dos contratos, adotado como regra no Código Civil, tem-se a teoria da imprevisão, consubstanciada na cláusula *rebus sic standibus*, segundo a qual é possível se relativizar a força obrigatória dos contratos na esfera do Direito do Consumidor, nos termos do art. 6º, inciso V, do CDC:

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;

Para Flávio Tartuce: “O objetivo principal da função social dos contratos é tentar equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo.”³⁹

O princípio da função social dos contratos tem grande relevância nos contratos bancários, sobretudo nos contratos de empréstimos onde o crédito embora seja fonte de lucro para as instituições financeiras também é meio de sobrevivência de pessoas e empresas que necessitam do capital para empreender e manter a sua sobrevivência, cumprindo assim a função social dos contratos.

Assim, a redução da porcentagem relativa a créditos consignados em folha de pagamento, em razão do superendividamento do consumidor que tem a sua própria

³⁹ TARTUCE, Flávio. Daniel Amorim, Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 5ª Edição. São Paulo: Método, 2016, pag. 52.

sobrevivência comprometida respeita o princípio da dignidade humana, bem como também a função social do contrato⁴⁰.

1.2.7 Princípio da interpretação mais favorável ao consumidor

O princípio da interpretação mais favorável ao consumidor está previsto no art. 47 do CDC e prevê que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Sobre o tema, o Código Civil possui previsão semelhante no art. 423, *in verbis*: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

A despeito da semelhança, os dispositivos não se confundem, já que o CDC prevê que a interpretação mais favorável incide em qualquer contrato de consumo e independe de cláusulas ambíguas ou contraditórias, enquanto para o Código Civil a incidência de tal regra recai apenas nos contratos de adesão e depende de cláusulas ambíguas ou contraditórias.

Sobre o tema, destaca-se que o STJ vem determinando a incidência do aludido princípio, em especial quando se tratar de contrato de adesão.⁴¹

1.2.8 Princípio da vinculação pré-contratual

Segundo dispõe o art. 48 do CDC “as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive a execução específica nos termos do art. 84 e parágrafos”. Ressalte-se que vinculam as partes contratantes a oferta, a publicidade, os escritos particulares, os recibos e os pré-contratos.

Exemplo de pré-contrato apto a gerar a vinculação da obrigação é o compromisso de compra e venda e o respectivo direito à adjudicação compulsória, quando comprovada a quitação do pactuado por parte do adquirente, ainda que o instrumento não tenha sido levado a registro. O tema é disciplinado na Súmula 239 do STJ que dispõe: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”. A interpretação dada pela súmula prestigia as tratativas do pré-contrato, conferindo-lhe força adjudicatória.

⁴⁰ AgRg no REsp 1206956/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T- STJ, j. em 18.10.2012.

⁴¹ REsp 1.133.338/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., DJe 09.04.2013.

1.2.9 Princípio da reparação integral dos danos

O princípio da reparação integral dos danos é previsto no art. 6º, VI, do CDC. No que concerne à responsabilidade civil sob a ótica consumerista, o regramento fundamental é a reparação total de eventual dano sofrido pelo consumidor, ou seja, a efetiva reparação de todos os danos suportados, sejam eles materiais ou morais, individuais, coletivos ou difusos. Nesse sentido, ensina Rizzatto Nunes⁴²:

A prevenção ao dano material ou moral significa que está garantido ao consumidor o direito de ir a juízo requerer medidas cautelares com pedido de liminar a fim de evitá-lo. E, dando especificidade a essa garantia, a Lei n. 8078 firmou regras processuais importantes nos arts. 83 e 84.

De todo modo, havendo dano material representado por perdas emergentes ou relativas a lucros cessantes, ou dano moral, sua reparação tem de ser integral.

A princípio, se existirem danos materiais no caso concreto, nas modalidades de danos emergentes – o que se efetivamente se perdeu -, ou lucros cessantes – o que razoavelmente se deixou de lucrar -, o consumidor terá direito à reparação integral do dano.

A despeito de tal orientação, não se ignora que há entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, contrário à reparação integral do dano, quando por ocasião da apreciação do tema 210 de repercussão geral restou decidido que a condenação por danos materiais, decorrente de atraso de transporte aéreo deve ser limitada ao patamar estabelecido na legislação internacional, ou seja, nas Convenções de Varsóvia e de Montreal para apuração da indenização devida por tais danos:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. Plenário, 25.5.2017.

Outro exemplo de exceção à regra da reparação integral do dano está previsto no art. 51, I, do CDC, que dispõe que a reparação integral da pessoa jurídica poderá ser limitada a depender de situações justificáveis:

⁴² NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, versão digital.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Frise-se que tal entendimento vai de encontro com o que dispõe o CDC quando diz no art. 6º, VI, do CDC, que a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos deve ser efetiva, bem como contraria entendimento expresso no Enunciado do CJP/STJ n.º 550, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, em 2013, que prevê que “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou valores fixos”.

Do princípio da reparação integral decorre a regra de que é possível a cumulação, em uma mesma ação, de pedido de reparação por danos materiais e morais, decorrentes do mesmo fato e que tenha plena aplicação às relações de consumo, nos termos do enunciado da Súmula 37 do STJ.⁴³

Ressalte-se que a jurisprudência do STJ entende que o dano estético constitui uma terceira modalidade de dano, separável do dano moral, cabendo do mesmo modo indenização por tais prejuízos. Assim é que estabelece a Súmula 387 do STJ⁴⁴ que dispõe ser possível a cumulação de danos estéticos com danos morais.

O entendimento parece ser o mais correto, em prol da tendência de ampliação de novas categorias de danos. Em reforço, no dano estético há uma lesão a mais à personalidade, à dignidade humana. Como exemplo da presença de dano estético em relação de consumo, cite-se a hipótese de erro médico em cirurgia plástica estética, subsumindo-se plenamente ao CDC⁴⁵.

Além dos danos individuais, representando notável avanço, o Código de Defesa do Consumidor admite expressamente no seu art. 6º, VI, a reparação de danos morais coletivos e dos danos difusos.

Anote-se que a conclusão a respeito da reparação desses danos é a mesma no âmbito civil, conforme se depreende do Enunciado nº 456, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, evento de 2011: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos

⁴³ Súmula 37-STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

⁴⁴ Súmula 387 do STJ: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

⁴⁵ REsp 236.708/MG, Rel. Carlos Fernando Mathias, – 4ª T- STJ– j.10.02.2009.

sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para proporções coletivas”.

O dano moral coletivo é modalidade de dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos morais somados ou acrescidos). Com relação à reparação dos danos coletivos, menciona Rizzato Nunes⁴⁶:

Acertadamente, a norma deixou consignado que a prevenção e a reparação dos danos não dizem respeito apenas aos direitos dos consumidores individuais, mas também aos coletivos e aos difusos, ao que, por necessária ligação, é de se referir a garantia dos direitos homogêneos.

Deve-se compreender que os danos morais coletivos atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Por isso, a indenização deve ser destinada para elas, as vítimas concretas do evento, nos termos do art. 81 do CDC.

Os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum, sendo possível identificar os direitos dos prejudicados, previstos no art. 81, I, do CDC.

Já os interesses ou direitos coletivos em sentido estrito são os transindividuais e indivisíveis, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, conforme previsão do art. 81, II, do CDC.

2 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A relação jurídica de consumo não foi definida pela legislação consumerista, que optou por conceituar apenas os elementos dessa relação, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor previu os conceitos de consumidor e fornecedor (sujeitos da relação), bem como descreveu a figura do produto e do serviço (objetos da relação).

Os conceitos de fornecedor/consumidor e produto/serviço são conceitos relacionais e dependentes porque só existirá um consumidor se também existir um fornecedor, bem como um serviço ou produto. Assim, para que haja a incidência das normas previstas no CDC necessário se faz a presença de ambas as figuras, já que se tratam de conceitos que não se sustentam por si mesmos, nem podem ser considerados isoladamente.

⁴⁶ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, versão digital.

2.1 Conceito de consumidor

A relação jurídica de consumo é composta de elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e objetivos (produto e serviços). O CDC trouxe quatro conceitos de consumidor, sendo que três deles descrevem o consumidor por equiparação. Como bem leciona Nelson Nery Júnior⁴⁷ o Código vislumbra quatro diferentes conceitos de consumidor: I) o conceito-padrão, no art. 2.º, caput; II) a coletividade de pessoas, no parágrafo único do art. 2.º; III) as vítimas de acidente de consumo, no art. 17; e IV) todos aqueles expostos às práticas comerciais, art. 29.

2.1.1 Consumidor em sentido estrito

O primeiro conceito é o de consumidor em sentido estrito, também chamado de consumidor, *standard*, ou em seu estado natural, previsto no art. 2º do CDC, que dispõe sobre aquele que efetivamente adquire ou contrata produto ou serviço “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, sob o aspecto subjetivo, poderá ser considerado consumidor tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, independente se brasileiro ou estrangeiro, eis que o dispositivo legal não faz qualquer restrição, pouco importando se o consumidor é pessoa física ou jurídica.

Sob o aspecto objetivo, consumidor é aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço. E sob o aspecto teleológico, necessário se faz que a aquisição do produto ou utilização do serviço seja na qualidade de destinatário final. Ressalte-se que a destinação final consiste na aquisição do produto ou na utilização do serviço sem o intuito de recolocação no mercado ou incremento no processo produtivo. Assim, tem-se uma aquisição de um produto sem a intenção de com ele obter lucro. É preciso que o consumidor retire o produto ou serviço da cadeia de consumo não para insumo e sim para consumo.

2.1.2 Consumidor por equiparação, “bystanders”

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, 1992. p. 53.

Muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Daí surge a necessidade de sua proteção e equiparação, para fins de aplicação das normas consumeristas.

O CDC prevê no parágrafo único do artigo 2º⁴⁸, nos artigos 17⁴⁹ e 29⁵⁰ hipóteses que considera como consumidores pessoas que não adquiriram o produto/serviço diretamente do fornecedor. Assim, mesmo não tendo participado diretamente da relação de consumo o CDC prevê figuras que devem ser protegidas por suas disposições.

As normas consumeristas estendem-se também às relações jurídicas extracontratuais, tendo em vista que não apenas os consumidores individuais são tutelados pelo CDC, mas também aqueles considerados consumidores por equiparação, ainda que não tenham participado da relação jurídica original.

2.1.2.1 Coletividade de pessoas

O parágrafo único do artigo 2º, do CDC, equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Quanto à conceituação de coletividade de pessoas utilizada no mencionado artigo Rizzatto Nunes comenta que⁵¹:

Na realidade, a hipótese dessa norma diz respeito apenas ao atingimento da coletividade, indeterminável ou não, mas sem sofrer danos, já que neste caso o art. 17 enquadra a questão.

Dessa maneira, a regra do parágrafo único em comento permite o enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, mesmo que não se constituam em pessoa jurídica. Por exemplo, a massa falida pode figurar na relação de consumo como consumidor ao adquirir produtos, ou, então, o condomínio, quando contrata serviços.

Ainda sobre o parágrafo único do art. 2.º ensina Cláudia Lima Marques⁵²:

“assim, apesar de não se caracterizar como consumidor *stricto sensu*, a criança, filha do adquirente, que ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto, é consumidor equiparado e se beneficia de todas as normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso. A importância do parágrafo único do art. 2º é seu caráter de norma

⁴⁸ Artigo 2º. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

⁴⁹ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

⁵⁰ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

⁵¹ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, versão digital.

⁵² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 77

genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código.”

Também destacamos posicionamento de Felipe Peixoto Braga Netto⁵³:

“Assim, quem quer que intervenha, ainda que de modo indeterminado, nas relações de consumo, é equiparado a consumidor, recebendo a proteção a este dispensada. Se um sujeito compra uma pasta de dentes que é usada por vários estudantes, moradores de uma mesma república, e tal pasta causa séria inflamação nas gengivas dos usuários, todos os que a usaram são consumidores, ainda que não hajam firmado contrato de consumo.”

Procurou a lei, nesse ponto, salvaguardar a coletividade de pessoas, ainda que não se possa determinar individualmente cada consumidor. Exemplo disto são as normas relativas à segurança e à saúde dos consumidores, destinadas a toda a coletividade, independente de se conseguir identificar individualmente quem irá adquirir aquele determinado produto.

2.1.2.2 Vítimas de acidente de consumo

O artigo 17 do CDC equipara aos consumidores todas as vítimas de acidente de consumo, conforme ensina Rizzatto Nunes:

Com efeito, a dicção do art. 17 deixa patente a equiparação do consumidor às vítimas do acidente de consumo que, mesmo não tendo sido ainda consumidoras diretas, foram atingidas pelo evento danoso. Exatamente a seção na qual o art. 17 está inserido é a que cuida da responsabilidade civil objetiva, pelo fato do produto ou do serviço causador do acidente de consumo.

Assim, por exemplo, na queda de um avião, todos os passageiros (consumidores do serviço) são atingidos pelo evento danoso (acidente de consumo) originado no fato do serviço da prestação do transporte aéreo. Se o avião cai em área residencial, atingindo a integridade física ou o patrimônio de outras pessoas (que não tinham participado da relação de consumo), estas são, então, equiparadas ao consumidor, recebendo todas as garantias legais instituídas no CDC.

Assim, mesmo quando não estiver diretamente vinculada à relação de consumo, a vítima de um vazamento de gás causador de uma explosão, por exemplo, receberá a proteção do CDC por se equiparar ao consumidor. O STJ já considerou consumidor equiparado o

⁵³ NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. 6. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, p. 95.

proprietário de uma casa sobre a qual caiu um avião⁵⁴. Assim, mesmo não estando diretamente envolvido na relação de consumo firmada com a companhia aérea, o proprietário do imóvel atingido por acidente aéreo será equiparado ao consumidor.

2.1.2.3 Pessoas expostas às práticas comerciais

Também serão equiparadas a consumidores, todas as pessoas expostas às práticas comerciais previstas nos artigos 30 a 54 do CDC, nos termos do art. 29⁵⁵ do citado diploma. Nesse sentido, ensina Rizzato Nunes⁵⁶:

A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática.

Dessa forma, por exemplo, se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa – por exemplo, o Ministério Público – ir contra ele. O órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos arts. 81 e s. do CDC, pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão do anúncio enganoso, para punir o anunciante etc., independentemente do aparecimento real de um consumidor contraído. Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial.

Segundo essa concepção, pessoas expostas a práticas comerciais abusivas ou a publicidades enganosas, dentre outras, serão equiparadas aos consumidores quando da análise da proteção dada pelo CDC. Nesse sentido, já decidiu o STJ, ressaltando que a condição de consumidor é personalíssima, assim, um cessionário que não preenche as condições de consumidor não pode alegar para si direitos cabíveis exclusivamente ao próprio consumidor⁵⁷:

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às ações que têm como objeto o cumprimento de contratos de participação financeira, pois diretamente atrelados ao serviço de telefonia. 2. Na

⁵⁴ REsp 540.235/TO, Rel. Min. Castro Filho, 3ª T., STJ, j. em 07.02.2006.

⁵⁵ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

⁵⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 92.

⁵⁷ REsp 1608700 PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T, STJ, j. 09.03.2017.

hipótese, a recorrida é cessionária de milhares de contratos de participação financeira, os quais já foram objeto de negociações anteriores. Não está presente nenhum vínculo com a situação originária do adquirente da linha telefônica, interessado na utilização do sistema de telefonia. 3. As condições personalíssimas do cedente não se transmitem ao cessionário. Assim, a condição de consumidor do promitente-assinante não se transfere aos cessionários do contrato de participação financeira. Precedente. 4. A situação dos autos retrata transações havidas entre sociedades empresárias, de índole comercial, não se identificando quer a vulnerabilidade, quer a hipossuficiência do cessionário. 5. Incide, na hipótese, a regra geral de competência, visto não haver convenção em sentido diverso e o contrário não decorrer da natureza da obrigação e das circunstâncias do caso. 6. O domicílio da pessoa jurídica é o local de sua sede, não sendo possível o ajuizamento da ação em locais nos quais a recorrente mantém suas filiais se a obrigação não foi contraída em nenhuma delas. 7. Recurso especial provido.

Cumpram-se destacar julgado interessante onde o STJ também já reconheceu como consumidor equiparado “bystander” o comerciante que sofre dano no momento em que está guardando garrafas em um freezer, em razão da explosão de uma delas:⁵⁸

1. Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões.
2. Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC (bystander”). (...)

2.2 Teorias consumeristas com relação à definição de consumidor: finalista, finalista mitigada (aprofundada) e maximalista

A fim de se definir o que seria o destinatário final da mercadoria, surgiram duas teorias: a interpretação finalista e a interpretação maximalista.

A corrente finalista ou subjetiva é a que indica que consumidor é o destinatário fático e econômico do bem, ou seja, é aquele que retira o produto ou o serviço de circulação do mercado, sendo efetivamente o seu destinatário final. A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁵⁹:

- (...)
2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima

⁵⁸ REsp 1288008 MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T, STJ, j. 04.04.2013.

⁵⁹ REsp 1321614/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T. STJ, j. 16.12.2014.

a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (...)

No entanto, a teoria finalista ou subjetiva acaba sendo, por vezes, injusta porque apesar de o consumidor não ser tecnicamente o destinatário final do produto/serviço ele pode estar em situação de vulnerabilidade, ou seja, existem pessoas que a despeito de não adquirirem o produto ou serviço como destinatárias finais apresentam-se em situação de visível vulnerabilidade frente ao fornecedor. Diante desse quadro, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir a teoria mitigada das relações de consumo, passando a aceitar a incidência do CDC no caso de pessoas que embora não sejam destinatárias finais do produto/serviço, estejam em situação de vulnerabilidade:

(...)

2. Quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, esta Corte já se pronunciou no sentido de que, para se enquadrar no conceito de consumidor, se aplica a Teoria Finalista, de forma mitigada, quando a parte contratante de serviço público é pessoa jurídica de direito público e se demonstra a sua vulnerabilidade no caso concreto. No caso dos autos, pretende-se revisar contrato firmado entre Município e concessionária de energia elétrica, sob o fundamento de haver excesso de cobrança de serviço fornecido a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço. Entretanto, o acórdão recorrido não se manifestou a respeito de qualquer vulnerabilidade do ente público, razão pela qual a análise referente a tal questão demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

(...)⁶⁰

A corrente maximalista é aquela que considera que consumidor é o destinatário final fático do produto ou serviço, pouco importando a finalidade do consumo, ou seja, independentemente de dar ao produto uma destinação produtiva ou doméstica. Assim, para esta teoria, aplica-se a interpretação mais extensa possível, nela incluindo a pessoa jurídica e o profissional liberal, independente do fim dado ao produto ou serviço adquirido. Exemplo desta interpretação seria o reconhecimento da relação de consumo entre uma indústria de carros que adquire produtos de limpeza para aplicar nas peças que fabrica.

⁶⁰ REsp 1297857/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ªT-STJ, j. 20.03.2014.

Para Cláudia Lima Marques “os maximalistas viam 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 fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado”.⁶¹

O Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a possível injustiça cometida com a aplicação cega da teoria finalista, vem admitindo em determinadas situações onde presente a vulnerabilidade do adquirente do produto ou serviço, a aplicabilidade do CDC:

(...)

2. A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresente em situação de vulnerabilidade. Tem aplicação a Súmula nº 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.⁶²

Destaque-se, por fim que o STJ inicialmente adotava a teoria maximalista, passando à teoria finalista, para, finalmente, mitigá-la acolhendo a teoria finalista aprofundada ou mitigada, admitindo, de forma excepcional, a aplicação do CDC a determinados profissionais e pequenas empresas, desde que se trate de consumo intermediário e fique demonstrada no caso concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. A teoria finalista aprofundada ou mitigada é a que vem sendo predominantemente utilizada pelas decisões do STJ⁶³:

O Superior Tribunal de Justiça admite a mitigação da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor - nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), apesar de não ser destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade.

Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na

⁶¹ BENJAMIM, Antônio Herman de V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

⁶² AgRg no AREsp 646.466/ES, Rel. Moura Ribeiro, 3ª-STJ, j. 07.06.2016.

⁶³ AgRg no AREsp 601234/DF, Rel. Marco Aurélio Bellize, 3ª-STJ, j. 12.05.2015.

área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente.

O conceito chave passa a ser o de vulnerabilidade: situação permanente ou provisória individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Podemos destacar exemplos de consumidores que se beneficiam da teoria finalista mitigada ou aprofundada como taxistas, caminhoneiros, firma individual, adquirentes de máquina para trabalhos informais, etc.

2.3 Fornecedor

O conceito de fornecedor foi previsto no CDC em seu artigo 3º, que dispõe que: “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.”

Cumpra destacar que o conceito trazido pelo citado artigo é elástico, pois abrange diversas categorias de fornecedores e várias atividades desenvolvidas. Assim, pode-se concluir que fornecedor corresponde a todo aquele que coloca o produto ou presta serviço no mercado de consumo.

Sobre o tema ressalta a doutrina de Bruno Miragem: “com relação ao elemento dinâmico da definição (desenvolvimento de atividade), o CDC buscou relacionar ampla gama de ações, com relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços. Nesse sentido, é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil.”⁶⁴

Segundo Cavalieri Filho: “fornecedor é gênero – quer no que respeita ao sujeito em si (pessoa física ou jurídica; pública ou privada; nacional ou estrangeira), quer no que se refere às atividades que desenvolve – e não por acaso”.⁶⁵

E para Cláudia Lima Marques o art. 3º do CDC: “bem especifica que o sistema de proteção ao consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de

⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.

fornecimento de produtos e da cadeia de fornecimento de serviços (...), não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual, com o consumidor”.⁶⁶

O fornecedor não necessita ser o efetivo fabricante originário ou produtor, bastando que atue com habitualidade (fornecedor real). O fornecedor real é aquele que iniciou o processo de produção por meio da matéria prima, mas também podem ser fornecedores: (i) fornecedor aparente: é o que se apresenta colocando seu nome, marca ou sinal distintivo, mas não necessariamente está produzindo aquele produto que o consumidor adquiriu. Exemplo: franqueados e dono da marca, aplicando-se aqui a teoria da aparência e tutela da confiança, já que a marca confere credibilidade ao produto, e assim, a franqueada e a franqueadora respondem solidariamente pelos danos decorrentes do produto; (ii) fornecedor presumido: que corresponde ao importador e ao comerciante de produto anônimo. O comerciante introduz o produto no mercado, mas não sabe de onde veio, situação essa que atrairá para o comerciante eventual responsabilização por perdas e danos; e (iii) fornecedor equiparado: é aquele que tem uma posição de auxílio ao fornecedor principal, que não é fornecedor do produto ou serviço principal adquirido pelo consumidor. Este tipo de fornecedor não tem relação direta com o consumidor, apenas participa da relação jurídica. Esse tema, pela relevância, iremos nos aprofundar no item 2.3.3.

Ressalte-se que não é necessária a finalidade lucrativa do fornecedor, pois a pessoa física ou jurídica pode obter vantagens indiretas com sua atividade. À sociedade de filantropia, sem fins lucrativos aplica-se o CDC, como se vê do seguinte julgado STJ⁶⁷:

Trata-se de ação de conhecimento contra sociedade de beneficência e filantropia em que o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, ora recorrente, questiona reajuste nas mensalidades cobradas por serviços médicos hospitalares, odontológicos e jurídicos em percentual superior aos índices oficiais de inflação, o que pode acarretar perda do plano de saúde por inadimplência. A questão principal consiste em saber se a recorrida pode ser considerada fornecedora de serviços sujeita à aplicação do CDC. A Turma deu provimento ao REsp, determinando o retorno dos autos para aplicação do CDC à relação jurídica entre a recorrida e seus associados. No caso, a entidade de beneficência presta serviços, conforme prevê seu estatuto, e as despesas advindas dessa atividade são acobertadas por remuneração a título de contribuição. **Ademais, explicitou a Min. Relatora que, ante os preceitos legais, a qualificação de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor atende a critérios puramente objetivos, sendo**

⁶⁶ BENJAMIM, Antônio Herman de V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

⁶⁷ REsp 519.310-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ªT., STJ, j. 20.04.2004.

**irrelevante a natureza jurídica adotada por eles ou a espécie dos serviços que presta.
Basta que desenvolvam atividade no mercado de consumo, mediante remuneração, para que sejam qualificados como fornecedores de serviços e conseqüentemente se sujeitem às normas do CDC. (grifei)**

Conclui-se, portanto, que a abrangência do conceito de fornecedor teve como norte a maior incidência possível das regras previstas no CDC, tutelando-se, assim, um maior número de relações jurídicas.

2.3.1 Pessoa física como fornecedora

Questão a ser indagada com relação ao conceito de fornecedor consiste no questionamento acerca da presença ou não do requisito da habitualidade para que a pessoa física seja considerada fornecedora.

Para José Geraldo Brito Filomeno “fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços.”⁶⁸

Rizzato Nunes, no entanto, sustenta a viabilidade da classificação da pessoa física no conceito de fornecedor mesmo diante de uma atividade eventual, como no caso do estudante que vende joias a colegas para pagar a mensalidade escolar, desde que haja finalidade de lucro na atividade desenvolvida.⁶⁹ Neste caso, destaca o doutrinador:

“poder-se-ia objetar que o caso é de ‘ente despersonalizado’, uma vez que se trata de ‘comerciantes de fato’. Do ponto de vista prático, a objeção não traz nenhum resultado, porque em ambos os casos identifica-se o fornecedor, e isso é o que realmente interessa. Porém, diga-se que a pessoa física que vende produtos, especialmente aquela que o faz de forma eventual, não é exatamente comerciante de fato e muito menos sociedade de fato. Um ‘camelô’ constitui-se como verdadeira ‘sociedade de fato’. Tem local (‘sede’) de atendimento, horário de funcionamento, até empregados etc. O aluno que vende joias não passa de pessoa física que desenvolve, de maneira rústica e eventual, uma atividade comercial, visando auferir certo lucro. Situa-se, então entre a pessoa física que nada vende e a sociedade de fato. Mas, para fins de aplicação do CDC, essa pessoa física é fornecedora”⁷⁰

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ed. Revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I, p. 48.

⁶⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 89.

⁷⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. op. cit, p. 89.

É possível também incluir no conceito de fornecedor o profissional liberal como pessoa física fornecedora, conforme prevê as disposições do Código de Defesa do Consumidor, que deu tratamento diferenciado apenas no que se refere à responsabilidade civil, que, em regra, será subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º do CDC.

2.3.2 Habitualidade vs. Profissionalismo no conceito de fornecedor

Questão que se indaga para fins de conceito de fornecedor é se há necessidade de profissionalismo para a prática da atividade no mercado de consumo para a configuração do conceito de fornecedor.

O CDC não exige de forma expressa que o fornecedor de produtos ou serviços seja um profissional. “O requisito de profissionalidade, expressamente referido em diversas leis estrangeiras, não constitui elemento da definição presente no art. 3º do CDC”.⁷¹

Na visão de Bruno Miragem, a “atividade do fornecedor é habitual porque ela é profissional.”⁷² Sustenta o autor em complemento que “ainda que não esteja expresso em lei, ao indicar à atividade do fornecedor certa habitualidade, assim como a remuneração, o legislador remete ao critério de desenvolvimento profissional desta atividade. Daí por que a profissionalidade configura um requisito do conceito do fornecedor.”⁷³

O Superior Tribunal de Justiça também prevê a habitualidade como requisito imprescindível na definição de fornecedor, conforme se verifica da decisão proferida no Agravo em Recurso Especial n.º 1.963, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, publicado em 4 de abril de 2011, em que se discutiu a aplicabilidade ou não do CDC em uma questão envolvendo a venda de loteamento irregular: “Destaca-se que para serem fornecedores as recorrentes teriam que desenvolver habitualmente como sua atividade a comercialização de lotes, situação esta que não ocorreu, pois conforme se depreende dos documentos acostados com a exordial, elas somente cederam alguns lotes por imposição da situação (...)”

Assim, verifica-se que a profissionalidade não pode ser exigida para a identificação do fornecedor, já que o CDC prescindiu de tal requisito e sua exigência vai de encontro a toda interpretação teleológica de proteção que se pretendeu criar com a legislação consumerista.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., DENARI, Zelmo. op. cit, p. 48.

⁷² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

⁷³ MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 99.

Já no que se refere ao requisito da habitualidade, este é exigido pelo CDC, devendo estar presente na atividade-fim desenvolvida pelo fornecedor.

2.3.3 Fornecedor “equiparado”

A figura do fornecedor equiparado criada por Leonardo Roscoe Bessa sustenta a ampliação do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, segundo uma visão mais abrangente do conceito de fornecedor.

Para Bessa, o “CDC ao lado do conceito genérico de fornecedor (caput, art. 3º), indica e detalha, em outras passagens, atividades que estão sujeitas ao CDC. Talvez, o melhor exemplo seja o relativo aos bancos de dados e cadastros de consumidores (art. 43, do CDC)”.⁷⁴ Com relação ao tema, entende o doutrinador que, “até a edição da Lei n.º 8.078/90, as atividades desenvolvidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito (SPC, SERASA, CCF), não possuíam qualquer disciplina legal. A regulamentação integral de tais atividades surgiu justamente ⁷⁵com o Código de Defesa do Consumidor, considerando sua vinculação direta com a crescente oferta e concessão de crédito no mercado. Portanto, não há como sustentar, ainda que se verifique que a entidade arquivista não atenda a todos os pressupostos do conceito de fornecedor do *caput* do art. 3º, que não se aplica o CDC”.

O Superior Tribunal de Justiça encampou essa tese conforme se verifica da análise da Súmula 359, que prevê: “Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.” Assim, verifica-se que aos órgãos mantenedores do cadastro de inadimplentes foi imposta obrigação típica concernente ao fornecedor no mercado de consumo. Sobre o tema não é incomum a responsabilidade de tais entes caso haja falha na prestação de serviços, conforme se pode observar da decisão do STJ, proferida em sede de recursos repetitivos⁷⁶, que ora se transcreve:

Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Legitimidade passiva do órgão mantenedor do cadastro restritivo. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre na hipótese dos autos. I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC. - Orientação 1: Os órgãos mantenedores de

⁷⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. São Paulo: RT, 2011. V. 2 (Coleção doutrinas essenciais. Direito do consumidor: tutela das relações de consumo. Organizadores: Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). P.1024.

⁷⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit, p.1026.

⁷⁶ REsp Repetitivo nº 1.354.590/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 2ª T., STJ, j. 09/09/2015.

cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas. - Orientação 2: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto. (...)

Claudia Lima Marques também conceitua a teoria do fornecedor equiparado, definindo-o como “aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra) ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante no seguro de vida em grupo, etc.).”⁷⁷

Leonardo Roscoe Bessa entende possível estender a teoria do fornecedor equiparado para outras situações relacionadas com a atividade de consumo, como ocorre com a publicidade, ou seja, todos que a promovem direta ou indiretamente seriam equiparados a fornecedor. “O anunciante no caso é um fornecedor equiparado e está sujeito, portanto, à disciplina do CDC.”⁷⁸

Entretanto, o STJ não aplica o conceito de fornecedor equiparado de forma ampla, discordando da hipótese de se enquadrar o veículo de comunicação que veicula publicidade enganosa ou abusiva ao fornecedor equiparado, conforme se verifica do entendimento adotado na seguinte decisão: “A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada ‘publicidade de palco.’”⁷⁹

⁷⁷ BENJAMIM, Antônio Herman de V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 104.

⁷⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. *Fornecedor equiparado*. São Paulo: RT, 2011. V 2 (Coleções doutrinas essenciais, Direito do consumidor: tutela das relações de consumo. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem), p.1026

⁷⁹ REsp 1.157.228, Rel. Ministro Adir Passarinho Júnior, STJ, 4ª T., j. 27.04.2011.

Concordamos com o posicionamento adotado pelo STJ. Isso porque o tema da responsabilidade civil possui seus institutos próprios e ainda que haja a responsabilidade objetiva do fornecedor, prevista no CDC, é preciso se atentar à presença dos demais requisitos para a configuração da responsabilidade como o nexo de causalidade e o dano. Fomentar o alargamento da responsabilidade civil, abrangendo toda espécie de fornecedor por equiparação faria um efeito contrário à teleologia das normas consumeristas, trazendo insegurança jurídica à ordem econômica e fomentando a litigiosidade.

2.3.4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos

É certo que o Código de Defesa do Consumidor se preocupou com os serviços públicos, o que pode se depreender de diversas passagens em seu texto, como no art. 3º, *caput*, que prevê a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser enquadrada como fornecedora; no art. 6º, inciso X, ao estabelecer ser direito do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”; e no art. 22, ao dispor que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

Contudo, não são todos os serviços públicos que gozam da proteção das normas consumeristas, uma vez que nem todos eles são, de fato, objeto de relações de consumo. Assim, não se cogita a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados pelo Estado a grupamentos indeterminados (*uti universi*), custeados pelo esforço geral, por meio de tributação e sem possibilidade de mensuração, conforme entendimento já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça⁸⁰:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA. 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. 3. Os serviços prestados por

⁸⁰ REsp 793.422/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., STJ, j. 3.8.2006.

concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 6. Hipótese em que não há respaldo legal para a suspensão do serviço, pois tem por objetivo compelir o usuário a pagar multa por suposta fraude no medidor e diferença de consumo apurada unilateralmente pela Cia de Energia. 7. Recurso especial improvido.

Conclui-se, assim, que as normas consumeristas somente se aplicam aos serviços públicos remunerados por meio de tarifa ou preço público, pois nos serviços remunerados por taxa, o usuário não tem liberdade de escolha, travando-se entre ele e o poder público uma relação jurídica de natureza administrativo-tributária.

2.4 Produto como objeto da relação de consumo

O conceito de produto está expresso no CDC no parágrafo 1º, do artigo 3º: “Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.” Percebe-se que a definição legal é bastante genérica e inclui no conceito qualquer bem ainda que imaterial.

No tocante à definição legal do objeto da relação jurídica em comento, José Geraldo Brito Filomeno não poupou críticas em face da opção do legislador pelo termo “produto” em detrimento de “bens”. Para o autor, melhor “seria falar-se em ‘bens’ e não ‘produtos’, mesmo porque, como notório, o primeiro termo é bem mais abrangente do que o segundo, aconselhando tal nomenclatura, aliás, a boa técnica jurídica, bem como a economia política.”⁸¹

Ainda, na visão de Filomeno, “produto (entenda-se ‘bens’) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.”⁸²

Para Cavalieri Filho, “produto é utilizado em seu sentido econômico e universal, isto é, aquilo que resulta do processo de produção ou fabricação.”⁸³

⁸¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 51.

⁸² FILOMENO, op. cit., p. 52.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.

Já Cláudia Lima Marques define produto como “qualquer bem, consumível fisicamente ou não, móvel ou imóvel, novo ou usado, material ou imaterial, fungível ou infungível, principal ou acessório.”

A expressão “produto” é empregada pelo CDC em seu sentido econômico, ou seja, engloba tudo o que resulte do processo de produção ou fabricação e seja hábil à satisfação das necessidades dos consumidores.

A definição, assim, revela-se ampla e esgota qualquer gênero de bens, incluindo todas as categorias, bens móvel, imóvel, material, imaterial, consumível fisicamente, inconsumível fisicamente, fungível, infungível, principal, acessório, novo, usado, durável, não durável. Engloba, inclusive, as amostras grátis, tendo em vista que o artigo não trata de remuneração.

2.4.1 Bens móveis e imóveis

A definição de produto abrange bens móveis e imóveis. O reconhecimento de que bens imóveis estão abrangidos no conceito de produto nos faz concluir que as normas consumeristas se aplicam aos contratos imobiliários, bem como àqueles contratos deles decorrentes, como é o caso dos contratos de empréstimos, financiamento e seguro, quando o consumidor, por exemplo, adquire sua casa própria⁸⁴. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁸⁵:

1. Discussão acerca da abusividade de cláusula constante nas condições particulares do seguro habitacional inserto no âmbito do SFH segundo a qual vícios de construção ou defeitos físicos oriundos de causas internas estejam afastados da cobertura securitária.
2. O seguro é erigido dentro do sistema de financiamento como garantia ao segurado e, do mesmo modo, ao financiador, de modo que possa desempenhar a sua mais clara função: garantir que o segurado seja ressarcido pelos riscos invalidez/morte, danos físicos ao imóvel financiado, e responsabilidade do construtor e que o credor financiante não seja surpreendido com a ruína do imóvel que garante o financiamento.
3. Abusividade da cláusula das condições particulares do seguro habitacional que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato. Incompatibilidade com os fins sociais do seguro obrigatório habitacional da exclusão dos principais vícios que acometam o bem objeto de garantia do financiamento.
4. Indefinição do marco inicial para a contagem da prescrição. Danos progressivos. Impossibilidade de reconhecimento do implemento do prazo prescricional no caso concreto. Súmulas 568 e 7/STJ.
5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

⁸⁵ AgInt no REsp 1773491/SP, Rel. Paulo De Tarso Sanseverino, 3ªT-STJ, j. 23.03.2020.

2.4.2 Bens materiais e imateriais

A aplicação do CDC nas relações cujo objeto são bens materiais é bastante difundida, enquanto sua incidência com relação aos objetos imateriais podem, por vezes, trazer dúvida ao intérprete.

Rizzatto Nunes identifica nas atividades bancárias algumas relações marcadas por bens imateriais, tais como: o mútuo bancário, a aplicação em renda fixa, a caução de títulos, etc.⁸⁶

Ressalte-se que os bens imateriais abrangem as relações oriundas dos meios eletrônicos, como *softwares*, programas de computador e a internet. O tema foi enfrentado por Bruno Miragem, que, ao analisar a abrangência do conceito de produto também para bens imateriais, ressaltou que “a importância desta definição é ainda maior quando se observa o crescimento da importância econômica da informática e dos bens e serviços produzidos exclusivamente por esse meio. No caso da Internet, e das relações estabelecidas exclusivamente por seu intermédio, não significa que os conceitos criados pela ciência jurídica, tradicionalmente afetos à realidade do mundo físico, não tenham de ser interpretados e adaptados ao fenômeno informático. Uma das marcas distintivas das relações estabelecidas através da internet é a *ubiquidade*, característica dos tempos atuais, e que, em última análise, revela a dificuldade de precisar a localização territorial de uma relação jurídica estabelecida através de meio eletrônico. Por tal razão, a doutrina especializada aponta, como elemento distintivo das relações estabelecidas por meio eletrônico, a desterritorialização.”⁸⁷

2.5 Serviço como objeto da relação de consumo

O Código de Defesa do Consumidor conceitua serviço em seu art. 3º, § 2º como: “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.”

O serviço, para ser objeto da relação jurídica de consumo deverá ser prestado por quem se enquadre no conceito de fornecedor e contratado, em contrapartida, pelo denominado consumidor (destinatário final ou por equiparação).

⁸⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor. 13ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2019, p. 92.

⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor. 2ª ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 104-105.

A definição legal do serviço inclui três aspectos: a exigência de remuneração; a exclusão das relações trabalhistas; e o rol exemplificativo de serviços, com destaque para a inclusão dos serviços bancários.

O serviço, diferente do produto, deve ser remunerado. Com isso, os produtos oferecidos gratuitamente aos consumidores também podem ser objeto da relação de consumo (exemplo: amostra grátis, regulamentada no art. 39, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor), ao passo que os serviços devem ser remunerados, ainda que indiretamente (exemplo: programas de “pontos” ou “milhas” oferecidos por empresas de cartão de crédito).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já acolheu a tese da remuneração indireta como requisito suficiente para caracterizar o serviço objeto da relação de consumo, entendendo que: “para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta.”⁸⁸

A exclusão das relações trabalhistas é o segundo aspecto do conceito de serviço e tem como fundamento o fato de haver lei específica regulatória das relações empregatícias, ou seja, a Consolidação das Leis do Trabalho; bem como a existência de justiça especializada para dirimir os conflitos decorrentes das relações de trabalho, além da posição constitucional em que se encontram os direitos dos trabalhadores, tratando-se de direitos fundamentais sociais, artigos 6º e 7º da Constituição Federal.

2.6 As relações bancárias e a súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça

Conforme dispõe o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor bem como a Súmula 297 do STJ, as normas consumeristas aplicam-se às instituições financeiras, ou seja, todas as operações bancárias devem ser realizadas à luz das disposições contidas no CDC.

A edição da Súmula 297 ocorreu em 2004 em meio à controvérsia invocada pela ADI n.º 2.591/DF, apresentada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras – Consif que apregoava a inconstitucionalidade da última parte do art. 3º, § 2º do CDC, que de forma expressa inclui no conceito legal de serviço, os “de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”

A aplicação das normas do CDC nas relações bancárias contribuíram com impactos relevantes na proteção do consumidor como princípio da ordem econômica, sobretudo porque as instituições financeiras possuem grande poder econômico, tornando ainda mais vulnerável

⁸⁸ REsp 1347473 SP 2012/0208477-3, Rel. Jorge Scartezzini, 4ª T., STJ, DJe 17.12.2004.

o consumidor nas relações. Um exemplo do impacto na aplicação do CDC nas relações bancárias foi a limitação da cláusula penal a 2% (art. 52, § 1º) e não mais a 10% como antes comumente era cobrada pelos bancos, assim como a inversão do ônus da prova, quando presentes seus requisitos autorizadores (art. 6º, VIII).

O Código de Defesa do Consumidor por ser norma de ordem pública se aplica a todas as relações de consumo, ainda quando a atividade tenha legislação específica, como ocorre com os contratos bancários, com a incorporação, com o parcelamento do solo, etc., devendo em todas elas, guardadas as devidas peculiaridades, incidirem os princípios do CDC sobre abusividade, boa-fé, direito de informação, dentre outros.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior quando do julgamento do Recurso Especial n.º 106.888-PR⁸⁹, um dos precedentes que fundamentou a edição da mencionada Súmula 297 do STJ, fundamentou que:

Não é admissível que apenas por constituir um ramo diferenciado da atividade econômica, quer na incorporação, no financiamento ou no loteamento, sejam permitidas a cláusula abusiva, a má-fé, a ocultação da verdade, etc. Na realidade, o CDC tem aplicação horizontal, recaindo sua incidência sempre que caracterizada a relação de consumo, que por ele fica atingida. Mas não só nesses casos, assim como enumerados nos seus primeiros artigos, mas também quando o contratante participa de relação obrigacional em que comparece com sensível desvantagem e é submetido a práticas abusivas, na forma do art. 29 do CDC.

No entanto, é preciso destacar que nem todos os contratos bancários ou todas as relações estabelecidas pelas instituições financeiras qualificam-se como relações de consumo atraindo a incidência do CDC. Aqui, o intérprete deve se valer da teoria finalista mitigada⁹⁰ a fim de verificar a admissibilidade da aplicação do CDC, ou seja, para os contratos de empréstimos cujos valores foram empregados para o incremento da atividade econômica, sem que haja a destinação final do dinheiro emprestado ao correntista, não há que se falar em incidência do CDC. Nesse sentido, explica Bruno Miragem⁹¹:

Todavia, não se desconhece que as operações bancárias e creditícias se dão com diferentes volumes de recursos financeiros e finalidades de utilização desses recursos. É operação bancária tanto financiamento da

⁸⁹ Recurso Especial n.º 106.888-PR (96.000056344-6), Rel. Min. Ruy Rosa de Aguiar, 2ª seção, STJ, j. 12.05.2004.

⁹⁰ Conceito analisado no item 2.2 da presente dissertação.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. Fundamento e finalidade de aplicação do código de defesa do consumidor às instituições financeiras – comentários à súmula 297 do STJ. Revista do Consumidor, vol. 82/2012, Abr/Jun/2012, p. 359/373.

aquisição de um produto por um consumidor, quanto ao empréstimo a uma empresa para permitir a expansão do seu fluxo de caixa, a aquisição de outra empresa, ou a antecipação de créditos decorrentes de contrato de exportação. Em todos esses casos há operação de crédito com a participação de instituição financeira, porém não relação de consumo.

Verifica-se, assim, que a incidência da Súmula 297 do STJ não é automática, mas sim deve ser interpretada em conjunto com todos os demais elementos da relação de consumo⁹², de modo que se algum destes não estiverem presentes não haverá a incidência das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

3 REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

O sistema da atividade bancária destina-se à mobilização do crédito, criando moeda escritural e não física. O desenvolvimento do setor bancário contribuiu para que a noção de valor e de moeda dependesse de padrões estabelecidos por meio da atividade bancária e financeira, mediante escrituração contábil de moeda e sua correspondência em relação aos registros de todas as instituições financeiras.

A atividade bancária impacta sobremaneira a ordem econômica, de modo que o Estado por meio do Sistema Financeiro Nacional intervém nas relações bancárias.

3.1 O Sistema Financeiro Nacional

O estudo do Sistema Financeiro Nacional consiste em passo relevante para a análise dos contratos bancários na ordem econômica, pois é por meio de seus integrantes que o Estado regula as relações bancárias que se estabelece entre as instituições financeiras e os consumidores.

O Sistema Financeiro Nacional tem íntima relação com a intervenção do Estado no domínio econômico, na medida em que a regulação do sistema financeiro consiste em um conjunto de providências que orientam os agentes regulados a alinharem seu comportamento de modo consistente com objetivos sociais de estabilidade sistêmica, nos termos previstos no art. 192 da Constituição Federal que determina que o Sistema Financeiro Nacional deve ser

⁹² Conforme conceitos já analisados no item 2 da presente dissertação.

estruturado “de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”. Nesse sentido, ensina Bruno Miragem⁹³:

Nesse sentido, cumpre perguntar qual o interesse público em causa na regulação do sistema financeiro. Naturalmente, a estabilidade do sistema e seu regular funcionamento. Todavia, é sabido que, para além desses fins, a regulação prudencial é instrumento essencial de promoção de política econômica pela União. Isso significa uma correlação necessária entre os níveis de investimento e endividamento da própria União, as exigências de recolhimento compulsório de recursos das instituições financeiras e a política de remuneração dos títulos públicos que afinal financiam a atividade estatal. As instituições financeiras têm, entre suas funções essenciais, “canalizar recursos de unidades superavitárias (famílias e empresas que dispõem de saldos líquidos, para unidades deficitárias – que têm necessidade de recursos)”. Da mesma forma, as condições em que os particulares formam suas decisões de consumo, de tomada de crédito ou poupança se vinculam a decisões públicas estratégicas quanto a determinados modelos de desenvolvimento econômico, que se associam intimamente à atividade bancária e financeira.

A competência para legislar sobre o sistema monetário e as políticas de crédito, câmbio, seguros, bem como transferência de valores é privativa da União, nos termos do art. 22, VI e VII, da Constituição Federal.

O art. 1º da Lei n.º 4.595/64 prevê que o Sistema Financeiro Nacional é constituído pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil; Banco do Brasil S/A; Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas integrantes do sistema bancário. Assim, quando falamos em Sistema Financeiro Nacional englobamos todas as instituições financeiras, tanto as públicas como as privadas.

As autoridades do Sistema Financeiro Nacional podem ser divididas em: autoridades monetárias e autoridades de apoio.

As autoridades monetárias são entidades responsáveis tanto pela normatização quanto pela execução das operações referentes à emissão de moeda.

As principais autoridades monetárias no Brasil são: 1) CMN – Conselho Monetário Nacional- entidade superior do Sistema Financeiro Nacional. Exerce a função de órgão regulador e é responsável pela fixação das diretrizes da política monetária, creditícia e cambial. Será integrado pelos seguintes membros: a) Ministro de Estado da Fazenda, na qualidade de Presidente; b) Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; c) Presidente do Banco Central do Brasil (Lei 9069/95); e 2) BACEN – Banco Central do Brasil, que tem a função de cumprir e fazer cumprir as normas que regem o SFN - Sistema

⁹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

Financeiro Nacional expedidas pelo CMN – Conselho Monetário Nacional. Atua como uma espécie de protetor da moeda nacional, para garantir o equilíbrio do mercado financeiro e da economia do país.

Já as autoridades de apoio são instituições que podem atuar tanto como instituições financeiras normais, auxiliando na execução da política monetária, como na normatização de um setor específico – como, por exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários. As principais autoridades de apoio no Brasil são: *a)* CVM – Comissão de Valores Mobiliários: vinculada ao governo federal, é um órgão normativo voltado para a fiscalização e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários; *b)* BB – Banco do Brasil: embora seja um banco comercial comum, ainda opera como agente financeiro do governo federal, sendo o principal executor dos serviços bancários de interesse do governo; *c)* BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social: principal instituição financeira de fomento do Brasil, impulsiona o desenvolvimento econômico, reduz desequilíbrios regionais e é o encarregado de gerir o processo de privatização das empresas estatais; e *d)* CEF – Caixa Econômica Federal: é a instituição financeira que funciona como instrumento governamental, pois é caracterizada por operacionalizar as políticas do governo federal para financiamento habitacional e saneamento básico, além de ser banco de apoio ao trabalhador de baixa renda.

3.2 Banco Central

A figura do Banco Central não existia até o PAEG⁹⁴, que consistia no plano de ação econômica do governo de Marechal Castello Branco, no início do regime militar, entre 1964 a

⁹⁴ PAEG – Programa de Ação Econômica do Governo. Elaborado para o período de 1964-1966 pelos ministros brasileiros Roberto Campos (Planejamento) e Octávio Gouvêa de Bulhões (Fazenda), tinha o objetivo de interpretar o desenvolvimento recente do país e formular uma política capaz de eliminar as fontes internas de estrangulamento que haviam bloqueado o crescimento econômico desde 1962. Para os articuladores do plano, a causa fundamental da desaceleração econômica estava no processo inflacionário por que passava o país desde o início dos anos 60. A inflação estaria provocando uma instabilidade no sistema, na medida em que se manifestaria uma expectativa de insegurança no meio empresarial, resultando num decréscimo no nível dos investimentos. O diagnóstico oficial identificava duas origens do processo inflacionário: inflação de custos e inflação de demanda. A origem da inflação de custos era localizada no processo de substituição de importações, incentivado por barreiras alfandegárias. Esse protecionismo teria permitido um aumento em espiral nos custos dos diversos setores substitutivos e, consecutivamente, uma elevação geral dos preços. A inflação de demanda teria origem na inadequação da distribuição de renda. Por um lado o governo injetava na economia um volume de recursos maior que seu poder de compra, provocando déficits crônicos no orçamento federal. Ao mesmo tempo, o conjunto dos assalariados detinha em mãos um poder de compra superior à quantidade de bens produzidos. Assim, tanto o déficit público quanto o excesso de demanda dos assalariados gerariam o processo inflacionário. Elaborou-se então o Paeg, com o intuito de detectar medidas estabilizadoras, utilizando instrumentos clássicos: 1) corte no gasto público; 2) aumento na carga tributária; 3) contenção do crédito; 4) contenção dos salários. Houve acentuada diminuição no gasto público e ao mesmo tempo elevação na taxa tributária, paralelamente à criação de um mecanismo de financiamento do déficit que passou a ser efetuado

1967. Anteriormente ao PAEG, a autoridade monetária brasileira era a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), criada em 1945, na dependência do Ministério da Fazenda, incumbida de fiscalizar o sistema bancário nacional, traçar a política monetária e cambial do país e assessorar o governo nas questões econômicas. Suas determinações eram executadas pelas carteiras especializadas do Banco do Brasil.

O sistema monetário brasileiro era considerado imaturo e muito aquém das necessidades do país, que passava por um processo de industrialização acelerada desde o primeiro governo de Getúlio Vargas, em 1930.

O Brasil precisava de um sistema financeiro moderno e contemporâneo, necessidade essa que fez surgir o PAEG, que estruturou o novo sistema financeiro nacional que se dividiu em duas partes, o subsistema de intermediação e o normativo.

Sob o ponto de vista normativo criou-se o Conselho Monetário Nacional tendo como braço executivo o Banco Central. Até a estruturação do PAEG não havia um órgão que determinava a política e um braço operacional que a executava. Até 1964 o Banco do Brasil possuía função dupla, ou seja, era um banco do governo e um banco de varejo do mercado.

A nova estruturação instaurada no sistema brasileiro pelo PAEG incumbiu ao Conselho Monetário Nacional, formado pelo Ministro do Planejamento Orçamento e Gestão, Ministro da Fazenda e Presidente do Banco Central, zelar pela solvência e liquidez do Sistema Financeiro Nacional e definir a política monetária, cambial, creditícia e o regime de metas de inflação, a fim de evitar crises ou colapsos no sistema financeiro.

Já o Banco Central assumiu a função de ser o braço operacional do Conselho Monetário Nacional e atuar como o banqueiro do governo, o banco dos bancos, o prestador em última instância, sobretudo, por meio da taxa de redesconto, além de ser fiscalizador do Sistema Financeiro Nacional, exercendo o papel de polícia, operacionalizando a política

mediante haveres não monetário, ou seja, o lançamento de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTNs), uma inovação brasileira destinada a servir de instrumento à política de transferência de renda do setor privado para o setor público. Para o setor privado deveria ser mantida a liquidez real do sistema produtivo, que só seria viabilizada se os meios de pagamento acompanhassem na mesma proporção o crescimento da renda nacional. Entretanto, essa medida não garantiria a distribuição equânime de crédito para os diversos setores produtivos, podendo gerar pontos de estrangulamento. Um ponto básico do plano refere-se à mudança da política salarial. Anteriormente, o reajuste dos salários era efetuado anualmente por meio da aplicação do Índice de Custo de Vida. Com a execução do Paeg, o reajuste passou a ser calculado por meio da média de 24 meses desse mesmo índice, sendo doze anteriores e a inflação esperada nos doze seguintes, acrescida de uma taxa referente à produtividade. Essas medidas estabilizadoras, que não estabeleceram de forma nítida um plano de crescimento econômico, engendrariam: 1) um rápido crescimento da dívida pública; 2) um aumento de liberalização das importações, dando maior flexibilidade à lei da remessa de lucros ao exterior; 3) uma violenta política de arrocho salarial. (Dicionário de Economia do Século XXI).

monetária, cambial e creditícia. Dentre as funções do Banco Central destaque-se a missão de autorizar e supervisionar o sistema bancário. Nesse sentido, ensina Bruno Miragem⁹⁵:

Para funcionar, as instituições financeiras em geral devem ter autorização do Banco Central do Brasil (arts. 10, X, *a*, e 18 da Lei 4.595/1964). As relações bancárias ou são interbancárias, quando celebradas entre dois bancos autorizados a funcionar pelo BACEN, ou se desenvolvem entre ao menos um banco e outra pessoa física ou jurídica que não seja banco.

Sobre a atuação do Bacen Nelson Abrão⁹⁶ dispõe que:

A situação econômica, orçamentária e de baixo crescimento, com arregimentação muito forte de bancos públicos, coloca em evidência o diálogo da independência do Banco Central.

Festejando 50 anos de sua criação, hospedado na Lei n. 4.595/64, a ele cumpre um papel fundamental de controlar metas inflacionárias, políticas monetárias e econômicas, cujo aspecto da independência, adotado por muitos países, ressurte-se de maior discussão e completa compreensão a respeito do seu crescimento de financiamento.

Nações vizinhas, tais como Chile, Colômbia e Peru, seguem a tradição do Banco Central independente, cujo presidente eleito dispõe de mandato fixo, de quatro anos, sem qualquer vinculação às diretrizes governamentais, trilhando seu caminho, baseado na conduta do bem-estar social, a fim de garantir crescimento e desenvolvimento sustentados.

Conforme as lições de José Thadeu de Chiara⁹⁷, o Banco Central surgiu para a consolidação da presença do Estado sobre a regulação da moeda e do crédito visando a preservar o sistema econômico dos efeitos das variações inerentes à dinâmica dos mercados, principalmente considerando a influência das políticas internacionais.

O Banco Central, nos termos da Lei 4595/64 também tem a atribuição de regular a quantidade de moeda na economia; regulamentar os bancos privados para assegurar que as leis estejam sendo cumpridas com o intuito de promover práticas bancárias seguras; agir como um banco dos bancos, emprestando recursos a outros bancos quando estritamente necessário; controlar a oferta de moeda em uma economia; possui a primazia (monopólio) da emissão de moeda; atua como depositário das reservas internacionais do país; é garantidor do valor da moeda e atua como fiel depositário das reservas compulsórias, voluntárias e cambiais do país.

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno: *Direito bancário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111.

⁹⁶ Abrão, Nelson. *Direito Bancário*. 17ª Ed. São Paulo, 2018, versão digital.

⁹⁷ CHIARA, José Thadeu de. *A disciplina jurídica das instituições financeiras*. Revista de Direito Público. vol. 41-42. p. 289-307. São Paulo: Ed. RT, 1977.

Exerce, portanto, uma miríade de funções, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 4.595/64, que influencia diretamente na ordem econômica do País.

3.3 Instrumentos de Controle da Política Monetária

A política monetária⁹⁸ representa a atuação das autoridades monetárias, por meio de instrumentos de efeito direto ou induzido, e tem por objetivo controlar o nível de liquidez dentro da economia, ou seja, a disponibilidade de moeda por parte dos agentes econômicos. Quanto maior o nível de liquidez dentro da economia maior será a demanda agregada, e conseqüentemente maior será a oferta, que por sua vez determinará a alta do nível de emprego e renda.

A política monetária utiliza-se de três instrumentos para controlar a liquidez da economia: a taxa de compulsório, o mercado de títulos públicos e a taxa de desconto.

A taxa de compulsório consiste no percentual dos depósitos à vista que os bancos obrigatoriamente recolhem ao Banco Central. Trata-se de um dinheiro fora do mercado, não disponível. O mercado de título público consiste em instrumento de controle da política monetária por meio da compra e venda de títulos públicos e tem como escopo controlar o nível de liquidez dentro da economia e auferir a quantidade de recursos para fazer frente ao

⁹⁸ Conjunto de medidas adotadas pelo governo visando a adequar os meios de pagamento disponíveis às necessidades da econômica do país. Essa adequação geralmente ocorre por meio de uma ação reguladora, exercida pelas autoridades sobre os recursos monetários existentes, de tal maneira que estes sejam plenamente utilizados e tenham um emprego tão eficiente quanto possível. Na maior parte dos países, o principal órgão executor da política monetária é o Banco Central, entidade do Estado ou dele dependente, encarregada da emissão de moeda da regulação do crédito, da manutenção do padrão monetária e do controle de câmbio. De maneira geral, esse órgão põe ao alcance dos bancos os mesmos serviços que eles prestam a seus clientes. A política monetária pode recorrer a diversas técnicas de intervenção, controlando a taxa de juros por meio de fixação das taxas de desconto cobradas dos títulos apresentados pelos bancos, regulando as operações de “open market” ou impondo aos bancos o sistema de reservas obrigatórios (depósitos compulsórios) para garantir a liquidez do sistema bancário. Em relação ao crédito, podem ser adotadas medidas restritivas ou práticas seletivas. As primeiras geralmente ocorrem em período de elevada inflação ou crise no balanço de pagamentos e consistem na fixação dos limites de crédito bancário e na redução dos prazos de pagamento dos empréstimos. As práticas seletivas, por sua vez, visam sobretudo a direcionar o crédito para as atividades mais rentáveis e produtivas da economia. No Brasil e em outros países, a política monetária constitui atualmente um instrumento de combate aos surtos inflacionários. Sua maior eficácia em relação às outras políticas econômicas se deve à flexibilidade com que pode ser aplicada e ao conjunto de medidas práticas que põe ao alcance das autoridades, desobrigando-as de submeter suas decisões ao legislativo. Convém ressaltar no entanto que essa autonomia monetarista se levada ao extremo pode ocasionar graves distorções e resultados muitas vezes desastrosos. É o que afirmam num polo do pensamento econômico os defensores das reformas estruturais para agilizar a economia e no outro polo, os partidários da escola de Chicago, para quem a regulação da atividade econômica deve ser exercida pelo rígido controle do crescimento da massa monetária, que deveria aumentar em conformidade com uma taxa previamente determinada ou limitada a uma estreita faixa de variação. (Dicionário de Economia do Século XXI).

déficit público. A taxa de redesconto também expressa controle monetário quando o Banco Central a utiliza para cobrar outros bancos por empréstimos tomados.

A política monetária adotada pelo país pode se expressar em duas vertentes: expansiva e contracionista. A política monetária expansiva é formada por medidas que tendem a acelerar a quantidade de moeda e a baratear os empréstimos (baixar as taxas de juros) e tem por objetivo promover o crescimento do produto e diminuir a taxa de desemprego. Nesse caso, o governo pode ampliar a liquidez da economia, diminuindo a taxa de compulsório possibilitando aos bancos emprestarem mais dinheiro. O Banco Central, ainda, pode diminuir a taxa de redesconto, tornando o crédito mais barato para o setor bancário além de recomprar títulos públicos, tirando o portfólio/papel da mão dos agentes econômicos e devolvendo na forma de moeda. Todas essas medidas têm o condão de aumentar a liquidez dentro do mercado, ou seja, a quantidade de moeda dentro da economia, aumentando a demanda agregada, pois com mais oferta de moeda a taxa de juros cai e se a taxa de juros cobrada pelo Bacen é menor o crédito é ampliado e o nível de liquidez cresce induzindo o crescimento da demanda agregada, que irá provocar o crescimento do emprego, aumentando a demanda, acarretando, assim, o chamado círculo virtuoso.

Já a política monetária contracionista também chamada de restritiva é o meio pelo qual o Estado utiliza dos três instrumentos já citados, ou seja, a taxa de compulsório, a taxa do redesconto e do mercado de título público para expandir o desenvolvimento econômico. Um dos objetivos do governo, nesse caso, é que haja menos inflação, podendo adotar medidas que acarretem a contração da economia, diminuindo a liquidez do mercado. Assim, a taxa de compulsório pode ser aumentada para que o dinheiro seja retido no Banco Central acarretando a diminuição da oferta que será menor que a demanda, o que por consequência aumentará a taxa de juros encarecendo o crédito. O Estado também poderá com a política monetária contracionista aumentar a taxa de redesconto, tornando o crédito mais caro para os bancos e vender os títulos públicos, retirando a moeda de circulação em troca de portfólio. Tais medidas têm o condão de reduzir a liquidez do mercado. Com a queda da demanda agregada haverá a queda na oferta e conseqüentemente a diminuição do emprego e da renda, criando, assim, um círculo vicioso⁹⁹.

⁹⁹ Círculo vicioso. Conceito derivado da concepção de Gunnar Myrdal de causação circular como, por exemplo, a explicação do subdesenvolvimento. Ao círculo vicioso opõe-se o círculo virtuoso, quando, por exemplo, o aumento dos níveis médios de educação viabiliza o aumento da produtividade, e esta o aumento da riqueza, que, por sua vez, permite o aumento dos recursos destinados à educação. (Dicionário de Economia do Século XXI)

3.4 Instituições Financeiras

As instituições financeiras correspondem a 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.¹⁰⁰ Elas exercem a intermediação financeira ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, além de minimizar os riscos, proporcionando segurança e agilidade no julgamento e previsão de melhores retornos.

As pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades acima mencionadas, de forma permanente ou eventual, são equiparadas às instituições financeiras, por força do parágrafo único do art. 17 da Lei 4.595/64. As instituições financeiras somente poderão funcionar no país mediante prévia autorização do Banco Central ou por decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

As instituições financeiras públicas são órgãos auxiliares da execução da política de crédito do Governo Federal. O Conselho Monetário Nacional regulará as atividades, capacidade e modalidade operacionais das instituições financeiras públicas federais. A escolha dos diretores ou administradores das instituições financeiras públicas federais e a nomeação dos respectivos presidentes serão feitas pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal (art. 84, XIV, CF).

Já as instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com direito a voto ser representada por ações nominativas.

Alguns dos principais tipos de instituições financeiras são: *a)* bancos comerciais: intermediários financeiros que transferem recursos dos agentes superavitários para os deficitários, organização esta que gera moeda através do efeito multiplicador; *b)* bancos de desenvolvimento: agentes de financiamento do governo federal, apoiando empreendimentos e contribuindo no desenvolvimento do país; *c)* cooperativas de crédito: geralmente atuam em setores primários da economia, facilitando a comercialização dos produtos rurais; ou atuam nas empresas oferecendo crédito aos funcionários que contribuem para a manutenção da

¹⁰⁰ Lei 4595/64 - Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

mesma; *d*) bancos de investimentos: atuam na captação de recursos, que são direcionados a empréstimos e financiamentos; *e*) associações de poupança e empréstimo: são sociedades civis em que os associados têm direito à participação nos resultados e tem como principal objetivo o financiamento imobiliário; *f*) agências de fomento: atuam na concessão de financiamento de capital fixo e capital de giro; e *g*) bancos cooperativos: bancos comerciais que surgiram a partir de cooperativas de crédito.

3.5 Fintechs: Sociedades de Crédito Direto e Sociedades de Empréstimos entre Pessoas

A evolução tecnológica fez surgir um novo meio de prestação da atividade financeira, possibilitando a oferta de crédito e serviços financeiros sem a intermediação bancária típica, mas por meio de plataformas digitais, denominadas *fintechs*.

O termo *fintech* surgiu da combinação das palavras em inglês “financial” (finanças) e “technology” (tecnologia). São instituições que prestam serviços financeiros como qualquer outra, mas de maneira mais fácil e rápida, tendo em vista que efetua operações por meio da internet. Sobre o tema ensina Bruno Miragem¹⁰¹:

Sob a expressão *fintech*, contudo, situam-se um universo de serviços financeiros que podem ser prestados por meios automatizados e pela internet, cuja vantagem comparativa aos meios tradicionais da prestação de serviços bancários aponta a redução de custos de transação e agilidade na celebração de negócios. Nesses termos, observe-se que as instituições que explorem tais plataformas digitais para a oferta de serviços financeiros não atuam, necessariamente, em todas as atividades típicas de instituição financeira, sendo mais comum que se dediquem a serviços específicos, tais como a intermediação de pagamentos, empréstimos e crédito, investimentos, entre outros.

A inovação tecnológica das plataformas digitais também alcançou diversos outros setores como é o caso da atuação das *insurtechs* que prestam serviços de interação entre seguro e o mercado de capitais, de modo que a adoção de um novo modelo de contratação consiste em uma nova realidade que não pode ser ignorada. Nesse sentido, menciona Bruno Miragem¹⁰²:

Da mesma forma, a interação entre serviços financeiros e tecnologia não se percebe apenas em relação a atividades de crédito e pagamento

¹⁰¹ MIRAGEM, Bruno: *Direito bancário*. 3ª ed. São Paulo: RT., 2019, p. 139.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno. *op.cit.*, p. 139.

– geralmente relacionadas ao setor bancário – mas, também, em relação a outras atividades financeiras em sentido amplo, como é o caso do setor de seguros (no qual passa-se a fazer referência ao acrônimo *insurtechs*, para indicar a interação entre seguro – *insurance* – e tecnologia) e no mercado de capitais.

O Conselho Monetário Nacional, ao editar a Resolução n.º 4.656/2018, dispôs acerca da prestação de serviços de empréstimo e financiamento por intermédio de plataforma eletrônica, prevendo a atuação, nesse setor, de duas pessoas jurídicas distintas: a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP).

A Sociedade de Crédito Direto é delineada como no art. 3º da referida Resolução como “instituição financeira que tem por objeto a realização de operações de empréstimo, de financiamento e de aquisição de direitos creditórios exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros que tenham como única origem capital próprio”. Essas sociedades atuam valendo-se tão somente da plataforma eletrônica e com recursos financeiros próprios.

Já a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas realiza operações de crédito entre pessoas, com recursos de terceiros. Nessas operações eletrônicas, conhecidas no mercado como *peer-to-peer lending*, a *fintech* se interpõe na relação entre credor e devedor, realizando uma clássica operação de intermediação financeira. Além disso, a SEP pode prestar outros serviços como emissão de moeda eletrônica ou análise e cobrança de crédito para clientes e terceiros, conforme dispõe o art. 8º, § 1º, I, da Resolução n.º 4.656/2018.

A principal diferença entre as duas figuras abordadas reside no fato de que a Sociedade de Crédito Direto só poderá atuar utilizando capital próprio, enquanto a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas poderá captar recursos das partes envolvidas na operação – agindo como intermediário.

Questão que se indaga consiste na intensidade da regulação estatal na atuação das *fintechs*, já que o mercado financeiro em que atuam mencionadas instituições impactam sobremaneira a ordem econômica e a proteção ao consumidor. Sobre o tema Ilene Patrícia de Noronha Najjarian afirma: “O próprio nome resume muito bem essas instituições, porque prestam serviços financeiros como qualquer outra, mas de maneira mais fácil e rápida, e, ainda, sem regulação adequada, uma vez que as operações são feitas pela internet”¹⁰³.

¹⁰³ NAJJARIAN, Irene Patrícia de Noronha. *Fintech: novo desafio regulatório*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 74, ano 19, p. 33-49, out.-dez. 2016.

Acerca da regulação das *fintechs* afirma Caio Pazinato Gregório Ramos¹⁰⁴:

“[...] há uma grande quantidade de Fintechs que se propõem a prestar os mais diversos serviços financeiros, sempre por meio de integração com um componente tecnológico que visa a facilitar a prestação de tais serviços, tudo com o declarado objetivo de eliminar, na maior medida possível, as burocracias e procedimentos característicos das instituições financeiras tradicionais.”

Muito embora a regulação específica sobre *fintechs* no Brasil ainda seja incipiente, fato é que elas, a depender do segmento em que atuam, terão de se sujeitar a regulações já existentes, em especial submetendo-se a Lei 4.728/1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, determinando em seu artigo 1º que o mercado financeiro e de capitais serão disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizados pelo Bacen, além de terem que se submeter às regras de responsabilidade civil decorrentes dos prejuízos que eventualmente causarem aos consumidores.

3.6 Contratos de adesão nas relações de consumo massificadas

O melhor conceito para o instituto do contrato de adesão encontra-se no próprio CDC, no caput do artigo 54, que dispõe que: “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

Assim, sempre que o contrato possuir as cláusulas preestabelecidas, definidas previamente pelo próprio fornecedor, incumbindo ao consumidor apenas concordar com o texto já escrito, estaremos diante de um contrato de adesão.

Da mesma maneira, a lei prevê que contratos cujas cláusulas são previamente aprovadas por alguma autoridade, também devem ser considerados de adesão. Os melhores exemplos de contratos de adesão são aqueles estabelecidos entre consumidores e operadoras de internet, telefone, ou televisão a cabo. Isto porque as cláusulas sempre são preestabelecidas pelos fornecedores, cabendo ao consumidor apenas concordar ou anuir com os seus termos. Exemplificando os contratos de adesão cita Sérgio Cavalieri Filho¹⁰⁵ que:

¹⁰⁴ RAMOS, Caio Pazinato Gregório. *Fintech: uma introdução aos principais aspectos jurídicos do tema*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 79, ano 21, p. 23, jan.-mar. 2018.

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de direito do consumidor*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 153

“a rigor, a principal diferença entre os contratos paritários e os contratos de adesão não está no ato de formação, porque em ambas a aceitação é adesiva. A diferença está na fase pré-contratual. Nos contratos de adesão, não há tratativas, como há nos contratos paritários; não há a possibilidade do aderente influenciar a formação da proposta, como ocorre nos demais contratos.” (...) E prossegue: “o caso, por exemplo, da SUSEP, que regula em grande parte o contrato de seguro; do BACEN, que dita as regras dos contratos vinculados ao sistema financeiro (juros, etc.); da Caixa Econômica, que estabelece o conteúdo dos contratos de sistema de habitação; das Agências Reguladoras (ANATEL, ANEEL, ANP), que determinam as regras gerais, pelo menos em grande parte, dos contratantes – fornecedor e consumidor – têm que aderir às cláusulas preestabelecidas por um órgão governamental, típico fenômeno de dirigismo contratual. Mas o Código do Consumidor, como acabamos de ver, quer as cláusulas gerais tenham sido estabelecidas pelo fornecedor, quer pela autoridade competente, quer, ainda, por ambos, não faz distinção. Em qualquer hipótese, o contrato será de adesão.”

Ainda sobre contratos de adesão, Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁰⁶ discorre que:

“Na sociedade de massas os indivíduos, em suma, deixam de ser sujeitos e começam a ser objetos. Eis a grande transformação que a massificação provoca em relação aos indivíduos, e isso evidentemente tem suas consequências para os contratos. A noção de contrato de adesão está ligada, afinal, a essa transformação. Um dos elementos fundamentais que a explicam está em que nele, ainda que juridicamente continuemos a tratar as partes como sujeitos, na verdade, elas tornam-se objetos e, ao se tornarem objetos, são, de fato, tratadas como tais. Por isso podemos entender que no contrato de adesão, como é o caso, por exemplo, do contrato de seguro, a presença do poder público se torna grandiloquente. Ao se tornar grandiloquente na verdade perverte-se o sentido do sujeito, que se torna objeto, que tem que ser então previamente determinado na manifestação da sua suposta vontade livre. Ela ainda está presente ali, em todos os pressupostos jurídicos, mas na verdade vem minada. Por detrás dessa objetivação das partes existe outra que lhe é correlata, qual seja, a de que na relação social massificada é preciso cuidar de grupos em relação a outros grupos. Todos são transformados em objetos, mas não obstante, as partes embora uniformes, não são iguais, donde a ideia de proteção ao chamado hipossuficiente. A Lei de Defesa do Consumidor é algo, por exemplo, que nos mostra essa tendência. Quando se olha a jurisprudência pertinente ao seguro de modo geral, observam-se assim regras do tipo: ‘cuidando-se de contrato de adesão, a tendência legislativa é favorecer o segurado, na dúvida, o segurador responde sempre pela obrigação’, contrato de seguro: ineficácia do fórum imposto em contrato de adesão a benefício da seguradora onipotente’. A tendência é nítida, mostrando qual é o modo como, dentro da sociedade massificada, os sujeitos transformados em objetos são tratados.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2009, p. 141.

¹⁰⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 141.

A sociedade massificada de consumo necessitou de atuação do Estado com a edição do Código de Defesa do Consumidor para não só proteger o consumidor, que por vezes é visto como objeto, mas também para preservar o equilíbrio nas relações jurídico-econômicas. A regulação do Estado com relação aos contratos de adesão, sem dúvida, se torna grandiloquente para a efetivação das regras previstas no CDC. Isso porque as instituições financeiras frente aos correntistas não se encontram em pé de igualdade, diante do poder econômico daquelas, de modo que a ausência de regulação do Estado acarreta, muitas vezes, em prejuízo ao consumidor.

3.7 Cláusulas gerais do contrato de adesão - conteúdo

O crescimento do número da população forçou a mudança da forma de contratação. E o contrato de adesão se mostrou algo necessário. No entanto, diante da acentuação da situação de vulnerabilidade trazida pelo contrato de adesão as normas consumeristas também adotaram posição para que o equilíbrio contratual não se perdesse. Assim, para contrabalancear esse quadro podemos destacar a previsão do § 3º do art. 54 do CDC, que dispõe que os contratos de adesão devem ser redigidos em termos claros e legíveis, inclusive com a fonte do texto em tamanho mínimo com o corpo tamanho 12 e o § 4º do mencionado artigo que dispõe que as cláusulas que limitam direitos do consumidor devem ser redigidas em destaque para facilitar a compreensão, devendo estar em realce, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Frise-se que a cláusula limitativa do direito do consumidor deve ser a ele previamente informada, não podendo o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, tomar ciência de sua existência apenas após a assinatura do instrumento contratual. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁸ já decidiu que:

No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do 'manual do segurado', enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, § 4º, do CDC.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o seguro é contrato consensual e aperfeiçoa-se tão logo haja manifestação de vontade, independentemente de emissão da apólice – ato unilateral da seguradora –, de sorte que a existência da avença não

¹⁰⁸ REsp 1.219.406/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T., STJ, DJe 18.02.2014.

pode ficar a mercê exclusivamente da vontade de um dos contratantes, sob pena de se configurar uma conduta puramente potestativa, situação vedada pelo art. 122 do Código Civil. O art. 758 do Código Civil não confere à emissão da apólice a condição de requisito de existência do contrato de seguro, tampouco eleva tal documento ao grau de prova tarifada ou única capaz de atestar a celebração da avença.

No tocante às cláusulas legíveis, ensina Nelson Nery Junior¹⁰⁹ que:

O CDC consagrou o princípio da legibilidade das cláusulas contratuais. O dispositivo visa a permitir que o consumidor possa tomar conhecimento do conteúdo do contrato pela simples leitura, sem prejuízo do dever de esclarecimento por parte do fornecedor (art. 46, CDC). A redação em caracteres legíveis possibilita diminuir o âmbito do controle das cláusulas contratuais gerais, qualitativa e quantitativamente, além de constituir em instrumento de segurança das relações jurídicas e de liberdade contratual.

A clareza da informação prevista nos contratos de adesão também é exigida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que assim já se pronunciou no sentido de ser inoperante a cláusula contratual que, a pretexto de informar o consumidor sobre as limitações da cobertura securitária, somente o remete para a letra da lei acerca da tipicidade do furto qualificado, cuja interpretação, ademais, é por vezes controvertida até mesmo no âmbito dos Tribunais e da doutrina criminalista.¹¹⁰

Exemplificando ainda as cláusulas obscuras cobradas em contratos de adesão podemos citar a cobrança das tarifas bancárias, prática comumente adotada pelas financeiras em seus contratos. A exigência de tarifas em contrato de adesão de financiamentos bancários que não especificam ou comprovam a sua origem a justificar a sua cobrança vem sendo expurgada pelos tribunais superiores, como é o caso da tarifa de terceiros, que teve sua cobrança considerada abusiva em tal situação. Mencionado entendimento restou consolidado com o recente pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n.º 1.578.553-SP¹¹¹, sob o rito do art. 1.036 e seguintes do CPC:

Recurso especial repetitivo. Tema 958/STJ. Direito Bancário. Cobrança por serviços de terceiros, registro do contrato e avaliação do bem. Prevalência das normas do direito do consumidor sobre a regulação bancária. Existência de norma regulamentar vedando a

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de V., FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ed. Revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I, p. 653/654.

¹¹⁰ REsp 814.060/RJ, Rel. Luis Felipe Salomão, 4ª T., -STJ DJe 13.04.2010.

¹¹¹ REsp 1578553/SP, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção-STJ, j. 28.11.2018.

cobrança a título de comissão do correspondente bancário. Distinção entre o correspondente e o terceiro. Descabimento da cobrança por serviços não efetivamente prestados. Possibilidade de controle da abusividade de tarifas e despesas em cada caso concreto.

1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.

2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.
[...].

Nos contratos de adesão o consumidor não tem o poder de decisão acerca das cláusulas contratuais, que já lhe são impostas de forma preestabelecida. Daí porque a incidência das normas protetivas ao consumidor, nesses casos, mostram-se ainda mais relevantes na medida em que sua aplicação corrige eventuais desequilíbrios de forças entre as partes.

Cumprido destacar, ainda, que o § 2º do art. 54 do CDC admite a cláusula resolutória. Contudo, esta deve ser estabelecida de forma alternativa e a escolha deve caber ao consumidor. Ressalte-se que a cláusula resolutória é aquela que admite o fim do contrato, de modo que tal previsão poderá ser incluída no contrato de consumo pelo fornecedor, mas a escolha pela sua incidência ou não ao caso concreto incumbirá exclusivamente ao consumidor.

Optando o consumidor pela resolução do contrato, ele terá direito à restituição das parcelas quitadas atualizadas monetariamente, diminuídos, além da vantagem econômica auferida com a fruição, eventuais prejuízos que o desistente causar ao fornecedor, cabendo a este a comprovação da desvalorização decorrente da fruição pelo consumidor.

3.8 Cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor não traz uma definição do que seria cláusula abusiva, no entanto podemos defini-la como aquela que prejudica o consumidor, com origem no abuso de direito. O art. 51 do CDC fornece um rol apenas exemplificativo das cláusulas abusivas. Sobre a abusividade das cláusulas nas operações bancárias ensina Carlos Henrique Abrão¹¹²:

A abusividade das cláusulas e os reflexos da onerosidade contratual, sem sombra de dúvida, refletem nas operações bancárias, de modo a causar desequilíbrio nas relações entre as partes fazendo com que a instituição financeira se sobreponha ao predicado da legalidade estrita, na obediência ao comando, resvalando na isonomia do padrão que se coaduna com a estipulação entabulada entre os interessados.

De efeito, tem-se tornado comum o manuseio de disposições desfavoráveis ao consumidor da prestação de serviço, objetivando a mais rápida e eficiência executoriedade do crédito inadimplido, pelo caminho nada natural do reconhecimento de documentos assinados em branco, garantias em excesso, eleição de foro, repactuação das dívidas e a progressão geométrica de juros e consectários, numa espécie de bola de neve, suscitando perplexidade e a total impossibilidade do devedor responder à altura da importância exigida.

Toda cláusula abusiva é cláusula nula, nos termos do mencionado art. 51. Assim, diferentemente de anulável, a cláusula contratual nula não surtirá nenhum efeito em relação às partes. Na redação do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula abusiva é nula de “pleno direito”, porém, para ser considerada nula de pleno direito, necessário se faz que haja declaração do juiz neste sentido. Destaque-se, no entanto, que a súmula nº 381 do STJ prevê que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

Entendemos que para que haja a intervenção judicial deve prevalecer o respeito à ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal de modo que antes de se declarar a nulidade de cláusula o julgador deve oportunizar à parte contrária o direito ao contraditório.

3.8.1 Cláusulas que estabelecem desvantagem exagerada para o consumidor incompatíveis com a boa-fé e a equidade

O art. 51, IV, do CDC, prevê como abusivas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, isto é, aquelas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

¹¹² Abrão, Nelson. Direito Bancário. 17ª Ed. São Paulo, 2018, versão digital.

Do ponto de vista das relações de consumo, essas cláusulas violam o princípio da boa-fé e da equidade, razão pela qual recebeu a proteção do legislador.

Segundo o STJ, a taxa de juros cobrada pelos bancos que se caracterize como abusiva, capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada, deve ser compatibilizada com os valores praticados pela média de mercado. Assim, a disparidade entre o índice de juros exigido pela instituição financeira e a média cobrada pelos demais bancos caracteriza o abuso da cobrança dos juros remuneratórios incidentes nos empréstimos contraídos pelo consumidor, de modo que se admite a revisão da taxa de juros para o recálculo da dívida de acordo com a taxa média do mercado prevista para a operação. Nesse sentido, pertinente a colação da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça¹¹³:

1. Conforme jurisprudência pacífica do STJ, as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica cobrança abusiva; são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591, c/c o art. 406 do CC/2002; é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a cobrança abusiva (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto.2. [...](REsp 1.246.622/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 16/11/2011).3. [...].4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Atualmente, o mercado de crédito e financiamento de bens móveis e imóveis é algo largamente utilizado pela população brasileira e altamente lucrativo para as instituições financeiras. Assim, a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor nesse ramo de negócio é muito solicitada tanto no âmbito extrajudicial como na solução das demandas em Juízo.

O artigo 52 do CDC dispõe que no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; e V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

¹¹³ AgRg no REsp 1078412/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. em 04.12.2012.

Trata-se de um rol exemplificativo, devendo esse conteúdo constar de forma expressa no contrato de forma obrigatória, além dos demais dados e informações necessárias para que o conteúdo das cláusulas contratuais se torne compreensivo ao consumidor.

3.8.2 Contrato de financiamento por reserva de margem consignada

Os contratos de empréstimos tomados na modalidade “reserva de margem consignada” são objetos de grande discussão no meio jurídico em relação a sua legalidade, nos termos do art. 52 do CDC. Isso porque mencionados contratos disponibilizam ao consumidor uma quantia geralmente em conta corrente bem como um cartão de crédito, cuja cobrança ocorre mensalmente na forma mínima do valor para pagamento do cartão, sem que a dívida principal seja quitada, pois pagando apenas o mínimo do cartão a dívida principal nunca é abatida.

Muito frequentemente, os consumidores acionam o Poder Judiciário alegando que foram enganados porque pretendiam realizar um empréstimo comum e não um financiamento cuja dívida é eterna, já que o pagamento das prestações em seu valor mínimo não abate o saldo devedor.

Os contratos de financiamento na modalidade de reserva de margem consignada até mencionam de forma tímida em seus termos que a contratação do financiamento ocorre por meio do cartão de crédito. No entanto, não o fazem de forma destacada, conforme prevê o art. 54, § 3º do CDC. Além disso, tal modalidade de contrato também viola o art. 52 do CDC já que não prevê de forma expressa e clara o montante dos juros de mora que o consumidor irá pagar, tendo em vista que a taxa de juros varia todo mês como acontece na cobrança do valor devido nos cartões de crédito; não preveem o número exato e a periodicidade das prestações, tampouco a soma total devida pelo consumidor.

À luz do Código de Defesa do Consumidor, diversas são as violações perpetradas nesse contrato de financiamento pelas instituições financeiras. Trata-se, a nosso ver, de contrato abusivo e que deveria ser extirpado pelas autoridades que ditam as regras dos contratos vinculados ao sistema financeiro. Nesse sentido, é o posicionamento de Carlos Henrique Abrão que entende que:

Não se precisa empregar muitos cálculos matemáticos para se chegue à conclusão de que a conta simplesmente não fecha. O valor fixo pago, na maioria das vezes, é inferior ao dos juros do empréstimo, sem contar ainda que o consumidor, fazendo uso do cartão, necessitaria pagar o valor mínimo para reduzir e amortizar sua dívida,

mas já gerando aí um impacto do saldo devedor no rotativo. De nada adianta a simples determinação de cancelamento do cartão, se o devedor continua inadimplente e moroso. Menos ainda adianta ordenar o vencimento antecipado com a liquidação do valor do mútuo, se o mutuário não dispõe de numerário suficiente para a quitação, o que levaria inadvertidamente à manutenção do contrato, com os descontos realizados sem prazo determinado junto ao benefício da Seguridade Social. Consequência lógica desse raciocínio, para que o contrato atenda à regra do consumidor, a instituição financeira deverá amortizar todos os valores que foram pagos, corrigidamente, com juros de mora contados da citação, dissociando o magnético da circunstância impagável do saldo devedor expresso no rotativo (...). A hipossuficiência técnica inerente à população da Terceira Idade e o baixo grau de instrução que permeia a relação fazem com que, por falta de informação, o devedor desconheça a metodologia da reserva de margem consignável. Isso porque ele imagina que sua responsabilidade esteja apenas adstrita ao pagamento das faturas representadas pelas despesas incorridas. Quando o devedor finalmente descobre que o benefício vem sendo descontado mês a mês, diante da mesma operação realizada pelo correspondente bancário, não consegue destravar a margem. Muito menos tem algum valor pragmático o cancelamento do cartão, já que a fatura continua a rondar a sinalização de sua dívida, com a incidência de juros mais salgados que o próprio prefixado do RMC. Em nenhum momento, portanto, clareia-se de forma transparente que a instituição financeira receberá, por meio dos descontos, concomitantemente à fatura encaminhada ao consumidor, o que gera uma expectativa negativa para o encontro de uma solução a respeito da indefinição jurisprudencial na teleologia do contrato e na presença dos vários descontos mensais totalizados junto ao benefício indeterminadamente.¹¹⁴.

Cumprido destacar que a falta de informação clara ao consumidor acerca da forma dos descontos realizados nos contratos empréstimo por meio da reserva de margem consignável viola o princípio da informação previsto nos artigos 4º, IV, e 46 do CDC, na medida em que há supressão da informação em relação à maneira de como os descontos são realizados, razão pela qual tal regra não obriga o consumidor, tendo em vista a ausência de esclarecimento, bem como diante do teor das cláusulas contratuais que, muitas vezes, são redigidas de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance pelo contratante/consumidor.

Assim, mesmo que assinado, em razão da falta de informação adequada, o contrato, à luz do CDC, não poderia surtir o efeito de vincular às partes se as cláusulas forem redigidas de forma a dificultar a compreensão pelo consumidor acerca de sua cobrança. O artigo 46 do CDC, não observado no caso, decorre do princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico, sendo também corolário do princípio da transparência que deve reger as relações de consumo. Acerca do tema ensina Cláudia Lima Marques:

¹¹⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. O contrato de reserva de margem consignável e sua interpretação legal [on line]. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 19.07.2020.

“Em matéria de contratos bancários com consumidores, que são leigos e inseridos no mercado de consumo, em especial os que envolvem crédito, direta e indiretamente (contas correntes), alerta Nicole Chardin que a autonomia da vontade deve ser racional, informada e defendida das pressões do marketing e do momento, uma vez que estes contratos são contratos “afetivos”, onde o racional nem sempre se sobressai e há uma forte posição de superioridade do Banco (e do gerente ou agente) em relação ao consumidor, ainda mais que são contratos de (e por simples) adesão. Aqui a igualdade impõe atuação positiva do Estado, por razões de ordem pública, mesmo no direito privado.”¹¹⁵

Nesse sentido, destaque-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendendo pela nulidade do contrato de cartão de crédito com autorização para desconto em benefício previdenciário:

Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito c/c reparação de danos e outros. Contrato de cartão de crédito com autorização para desconto em benefício previdenciário. Reserva de Margem Consignável. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Vulnerabilidade presumida. Celebração de contrato com intenção de contratação de empréstimo consignado. Vantagem exagerada do réu. Nulidade do contrato, nos termos do artigo 51, do CDC. Princípio da manutenção dos contratos. Conversão do negócio jurídico firmado entre as partes para empréstimo consignado, nos termos do artigo 170, do Código Civil. Ausência de dano moral, uma vez que a parte requerente se beneficiou com a obtenção de crédito, não restando efetivamente comprovado nos autos nenhum dano de caráter extrapatrimonial. Recurso parcialmente provido.¹¹⁶

Ainda que não se entenda pela nulidade da cláusula que prevê a reserva de margem consignável, os diversos pedidos de revisão do contrato que se apresentam judicialmente encontram respaldo no art. 47, do CDC, que estabelece que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da forma mais favorável ao consumidor. Diante da falta de informação e da violação ao princípio da boa-fé objetiva, a revisão das cláusulas que preveem a reserva de margem consignável é a decisão encontrada para restabelecer o equilíbrio desse tipo de contratação.

A solução para a violação reiterada do direito do consumidor no caso dos contratos de reserva de margem consignada não pode se resumir a decisões judiciais, como atualmente ocorre. É necessário que o Conselho Monetário Nacional, por meio do Banco Central, nesse

¹¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; Miragem, Bruno. *Doutrinas essenciais. Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2016, v. IV, pag. 768.

¹¹⁶ Apelação 1003066-40.2019.8.26.0572, Rel. Roberto Mac Cracken; TJ/SP, j.15.06.2020.

caso, intervenha por meio de seu poder normativo, disciplinando a forma de contratação dos contratos de reserva de margem consignada, em consonância com as normas do CDC, estabelecendo que o contrato de empréstimo preveja o número de prestações, o prazo de pagamento do empréstimo e os juros permitidos a serem cobrados nesse tipo de contrato.

3.8.3 Cláusulas que preveem custos de cobrança - tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê

Segundo o art. 51, XII, do CDC, são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas que obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor. Podemos citar como exemplo desse caso a cobrança da tarifa bancária de abertura de crédito e emissão de boleto em que as instituições financeiras transferem ao consumidor os custos da cobrança da dívida para o consumidor.

Nesse sentido, analisando a tarifa de abertura de crédito Ilany Caroline da Silva Leandro e Luisa Stella de Oliveira Coutinho Silva¹¹⁷ mencionam que:

Faz-se irrelevante a previsão da TAC em contrato firmado entre ambas as partes para justificar sua cobrança, não deixando de ter o cunho ilegal. Mesmo apresentando previsão contratual firmado entre as partes, o consumidor tem o direito de pleitear sua respectiva repetição do indébito. Assim concorda o conteúdo decisório do 2.º Juizado Especial Misto de Mangabeira: “(...) tenho como ilegal as taxas cobradas pelo promovido ao autor, já que não restou comprovado ter sido pactuado. E, mesmo assim, caso houvesse sido, entende-se que também deveria ser expungida sua cobrança, não vislumbrando qualquer ofensa ao princípio do pacta sunt servanda. É que esse princípio da força obrigatória das convenções, embora se consubstancie no fundamento da segurança jurídica das relações negociais, não pode mais ser encarado como um dogma absoluto, sobretudo, no atual estágio das relações sociais, tão dinâmicas e complexas, típicas da sociedade moderna e de consumo, sob pena de, em certos casos, ter-se de assistir ao conflito irremediável e paradoxal com outros princípios gerais do direito, tais como os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratuais”.

Em relação a esse tema, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou declarando ser abusiva também a cobrança de valores referentes à tarifa de emissão de carnê (TEC), nos termos do recurso especial n.º 1.251.331/RS, julgado sob a égide da lei dos recursos repetitivos – Tema 618¹¹⁸:

¹¹⁷ LEANDRO, Ilany Caroline da Silva e SILVA, Luisa Stella de Oliveira Coutinho Silva, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 96/20140, p. 299/324. Nov - Dez / 2014.

¹¹⁸ REsp. 1.251.331/RS, Rel. Maria Isabel Gallotti,, 2ª Seção-STJ, j. 28.08.13.

1. Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto; 2. Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê(TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. (...)

O entendimento pela vedação das tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê também originou a edição da Súmula 565 do Superior Tribunal de Justiça:

A pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, é válida apenas nos contratos bancários anteriores ao início da vigência da Resolução CMN nº 3518/2007, em 30/04/2008.

Restou consignado por decisão sumulada do STJ não ser mais possível a cobrança das tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê. Tal decisão se coaduna com os termos do art. 51, XII, do CDC, que nesse caso foi respeitado, já que a exigência das mencionadas tarifas se refere aos custos de cobrança que devem ser suportados pelo fornecedor e não repassados ao consumidor.

Esse posicionamento revela que a proteção ao consumidor efetivada pelo Superior Tribunal de Justiça impacta de forma direta na ordem econômica na medida em que, em razão de diversas condenações judiciais, as instituições financeiras não mais repassam tais valores ao consumidor, desonerando os custos do financiamento para o mercado de consumo.

3.8.4 Cobrança de tarifa de cadastro

A tarifa de cadastro usualmente cobrada pelas instituições financeiras para verificar as informações do consumidor pretendente a um crédito, segundo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, pode ser cobrada apenas uma vez, no início do relacionamento entre o

consumidor e a instituição financeira. A esse respeito já se posicionou a jurisprudência do STJ¹¹⁹:

Permanece válida a tarifa de cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

Nessa linha, também foi editada a Súmula 566 do Superior Tribunal de Justiça que disciplinou a cobrança da tarifa de abertura de crédito:

Nos contratos bancários posteriores ao início da vigência da Resolução CMN nº 3.518/2007, em 30/04/2008, pode ser cobrada a tarifa de cadastro no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

Assim, restou consignado por decisão do STJ que é possível a cobrança da tarifa de cadastro devidamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, cuja cobrança está autorizada desde que no início do relacionamento com o ente financeiro. A tarifa de cadastro está estabelecida e definida pela Resolução nº. 4.021, de 29.09.2011 do CMN, na qual se baseia a decisão do STJ.

No entanto, a admissibilidade da cobrança da tarifa de cadastro, a nosso ver, viola o art. 51, XII, do CDC, tendo em vista que da mesma forma que a tarifa de abertura de crédito e de emissão de carnê, a tarifa de cadastro corresponde a despesas inerentes aos custos relacionados à cobrança do crédito que devem ser suportados pelo fornecedor e não transferidos ao encargo do consumidor.

Além disso, ressalte-se que a cobrança da tarifa de cadastro não corresponde a um serviço autônomo prestado em benefício do consumidor, incrementando sobremaneira a prestação a que ele se obriga, sem que lhe seja dada transparência, o que viola também o princípio do direito à informação ao consumidor, nos termos do art. 4º, IV, do CDC, onerando de forma indevida o consumidor.

3.8.5 Cobrança de tarifa de terceiros; tarifa de avaliação de bem e tarifa de registro de contrato.

¹¹⁹ REsp. n.º 1.251.331/RS, Rel. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, STJ, j. 28.08.13 e REsp. n.º 1.255.573/RS Rel. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, STJ, j. 28.08.13, julgados sob o rito dos recursos repetitivos do art. 1.040 do CPC.

Quanto à tarifa cobrada a título de serviços de terceiros é possível que a instituição financeira repasse ao consumidor seu respectivo custo desde que o serviço seja especificado e que a cobrança seja efetuada antes de 25.02.2011, data da entrada em vigor da Resolução CMN n.º 3.954/2011. Além disso, o serviço deve ser efetivamente prestado a justificar a sua cobrança. Nessa toada, foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.578.553/SP, j. 28.11.2018, sob o rito dos recursos repetitivos – tema 958:

Serviços prestados por terceiros – possibilidade de cobrança, desde que especificado o serviço.

Ressarcimento da comissão do correspondente bancário – possibilidade de cobrança antes de 25/02/2011, data da entrada em vigor da Resolução CMN 3.954/2011.

Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia e do ressarcimento de despesa com o registro do contrato, desde que os serviços tenham sido efetivamente prestados.

Já a tarifa de avaliação de bem foi considerada válida, diante da regra geral dos contratos, prevista no art. 489 que dispõe ser nulo o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.

No que se refere à cobrança de tarifa de registro de contrato foi considerada admissível, sob o fundamento de que a publicidade do contrato e a sua conservação é de interesse de ambas as partes, sob pena de os contratantes não poderem se valer da cláusula resolutória por ocasião da propositura de eventual ação judicial. A propósito da tarifa de registro de contrato, importante destacar a súmula nº 489 do STF, que prevê que a compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros, de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no registro de títulos e documentos, o que reforça a regularidade da cobrança da tarifa de registro de contrato.

No entanto, entendemos que a cobrança da tarifa de terceiros, avaliação de bem e de registro de contrato engloba os custos de cobrança do contrato de financiamento do bem móvel que devem ser suportados pela instituição financeira e não pelo consumidor. Esses valores, na verdade, mostram-se abusivos e são indicativos da malsinada prática das instituições financeiras de compensar a redução da taxa nominal de juros com a elevação excessiva do valor das tarifas/despesas que são repassadas de forma indevida ao consumidor.

3.8.6 Cobrança de tarifa de gravame eletrônico.

A tarifa de gravame eletrônico é cobrada pelas instituições financeiras sob o fundamento de se aferir se o bem, objeto do financiamento, está alienado. Trata-se de um sistema interno dos bancos que é consultado e para tanto usualmente é cobrada uma tarifa chamada tarifa de gravame eletrônico.

No entanto, tal cobrança foi considerada irregular pelo Conselho Monetário Nacional, tendo sua incidência sido admitida somente até 25.02.2011, data de entrada em vigor da Resolução CMN 3.954/2011. Ressalte-se que a verificação acerca do bem também se insere nos custos de cobrança do fornecedor de modo que a transferência de tal encargo ao consumidor viola o art. 51, XII, do CDC, sendo sua exigência, a nosso ver, irregular.

4 PRÁTICAS ABUSIVAS RELACIONADAS AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Os contratos bancários, sem dúvida, são fontes fecundas de práticas abusivas pelas instituições financeiras, que são veementemente coibidas pelas normas previstas no Código de Defesa do Consumidor. Objeto de intensas discussões judiciais, as práticas abusivas cometidas pelas instituições financeiras não podem ser relegadas quando estudamos as normas consumeristas.

O art. 39 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de práticas abusivas, porquanto não exaustivo já que não contempla todas as hipóteses de práticas abusivas passíveis de serem praticadas pelo fornecedor. Trata-se, portanto, de um norte legislativo para a interpretação do caso concreto. Por trás dele, encontra-se a ideia da boa-fé contratual. Afinal, na relação de consumo, verifica-se a existência de uma disparidade/desigualdade contratual: de um lado, o fornecedor dispõe de mais poder econômico, técnico e informacional; de outro, o consumidor encontra-se em uma situação de vulnerabilidade. Busca-se, por meio do direito do consumidor, o reequilíbrio contratual e a proteção das expectativas do consumidor, elo mais fraco da cadeia de consumo, em regra.

No inciso I do art. 39 do CDC veda-se a venda casada, ou seja, o condicionamento da venda de um produto ou de serviço a de outro; no II, a recusa de atendimento, sendo possível o estoque do fornecedor; no III, a entrega sem solicitação prévia, existindo, nesse caso, entendimento sumulado do STJ sobre o envio de cartões de crédito¹²⁰; no IV, o aproveitamento da fraqueza e ignorância do consumidor em razão da idade, conhecimento ou

¹²⁰ Súmula 532: “constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa”

condição social, aplicado nas relações contratuais envolvendo vulneráveis; no V, a exigência de vantagem manifesta; no VI, a execução de serviços sem prévio orçamento ou autorização; no VII, o repasse de informações depreciativas do consumidor; no VIII, a colocação de produtos no mercado de consumo sem observância das normas técnicas; no IX, a recusa da venda de produtos a quem se destinar a pagá-los; no X, a elevação, sem justa causa, de preços; no XII, a não fixação de prazo para a realização de serviços; no XIII, a aplicação de fórmula ou índice diverso do legal ou contratual, comum em contratos bancários e de financiamento habitacional; e, no XIV, a permissão da entrada, no estabelecimento, de um número maior de consumidores que o permitido pela autoridade, já que a superlotação coloca em risco a segurança do consumidor.

Por fim, o parágrafo único do art. 39 do CDC acrescenta que os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese do inciso III, equiparam-se às amostras grátis, sinalizando que o dispositivo legal não abarca a hipótese de utilização consciente do cartão de crédito enviado, pois o sistema consumerista não visa a proteger a má-fé de qualquer das partes. O envio do cartão de crédito sem autorização gera a possibilidade de indenização, caso comprovado o dano moral, mas não oferece ao consumidor que faça uso do crédito concedido, ainda que sem solicitação, e não o pague posteriormente. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹²¹:

1. O envio de cartão de crédito sem solicitação prévia configura prática comercial abusiva, dando ensejo à responsabilização civil por dano moral. Precedentes.
2. A ausência de inscrição do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes não afasta a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, porque o dano, nessa hipótese, é presumido.
3. Restabelecido o quantum indenizatório fixado na sentença, por mostrar-se adequado e conforme os parâmetros estabelecidos pelo STJ para casos semelhantes.
4. Agravo regimental desprovido.

Também no sentido da vedação da prática, a Súmula 532 do STJ:

Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa. (Súmula 532, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2015, DJe 08/06/2015).

¹²¹ AgRg no AREsp 275.047/RJ, Rel. Marco Buzzi, 4ª T-STJ, j. em 22.04.2014.

Cumpramos destacar que há orientação do STJ que a dicção da Súmula 532 não confere ao consumidor dano moral automático, devendo haver comprovação efetiva de sua ocorrência para que haja acolhimento do pedido de indenização a esse título. Nesse sentido, é a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça¹²²:

A dicção da súmula não se confunde com o dano 'in re ipsa'. Vale dizer, os próprios precedentes que deram origem à Súmula n° 532 indicam que para a configuração do dano moral deve estar presente alguma outra situação decorrente do envio do cartão de crédito sem a prévia solicitação. Assim, friso que ser a prática, em tese, indenizável, na dicção da recente súmula, tal não se confunde com dano 'in re ipsa'. Entendo imprescindível que exista, minimamente, algum indicativo de que o consumidor foi de algum modo lesado pela ação do banco.

Nesse caso, concluímos que ainda que o envio do cartão de crédito sem solicitação do consumidor seja um incentivo ao consumo e à economia, verifica-se que prevalece no entendimento do Superior Tribunal de Justiça o respeito à vontade do consumidor que não efetuou o pedido do cartão, devendo ser respeitada a sua autonomia de contratação do produto ou serviço.

4.1 Contratação de seguro prestamista nos contratos bancários

Com relação ao inciso I do art. 39, destaca-se a contratação de seguros prestamistas, prática comum nos contratos de financiamento, principalmente com relação a contratos de aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e de veículos, para que, no caso de morte do mutuário, a dívida seja quitada pela seguradora. Trata-se de uma norma de proteção do sistema e que funciona, também, como regra protetiva do contratante.

A contratação de seguros, nesses casos, dispõe de caráter social, assegurando que o adquirente não perderá a sua residência ou veículo, por exemplo, em caso de inadimplemento.

Consoante entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.040, do Código de Processo Civil, REsp. 1639320/SP, a exigência da contratação do seguro prestamista não configura abusividade, se não restar configurada a venda casada, vedada pelo art. 39, I, do CDC. Assim,

¹²² REsp n. 1.712.606-RS, Rel. Luis Felipe Salomão, 4ª T-STJ, j. 02.10.2018.

não é possível condicionar o financiamento à contratação do seguro com a mesma instituição com a qual se realiza a operação de crédito¹²³:

(...) 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: (...) 2.2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 2.3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora. (...)

Nesse sentido, também é o entendimento da Súmula 473 do Superior Tribunal de Justiça:

O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada. (Súmula 473, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 19/06/2012).

O contrato de seguro poderá ser firmado com qualquer seguradora do mercado, desde que seja idônea, tenha patrimônio compatível e disponha de aceitação pelo credor. Situação semelhante acontecia, anteriormente, em redes de cinemas, que vedavam ao consumidor a entrada nos seus respectivos estabelecimentos com alimentos comprados fora da lanchonete própria, tendo o STJ decidido que tal imposição caracterizava venda casada, proibida pelo art. 39, I, do CDC¹²⁴:

1. A venda casada ocorre em virtude do condicionamento a uma única escolha, a apenas uma alternativa, já que não é conferido ao consumidor usufruir de outro produto senão aquele alienado pelo fornecedor. 2. Ao compelir o consumidor a comprar dentro do próprio cinema todo e qualquer produto alimentício, o estabelecimento dissimula uma venda casada (art. 39, I, do CDC), limitando a liberdade de escolha do consumidor (art. 6º, II, do CDC), o que revela prática abusiva. 3. (...)

Como exemplo de venda casada, que viola os termos do art. 39, I, do CDC, ainda podemos destacar o desconto oferecido ao consumidor em troca da contratação de seguro de vida ou de proteção financeira na prática bancária ou do comércio, o que se verifica como recorrente na sociedade de consumo brasileira.

Não há ilicitude caso o consumidor genuinamente se interesse pela contratação ou se beneficie com ela, todavia, fazer a diferenciação entre consumidor que adquire o serviço (beneficiado) e o que não adquire (não beneficiado) é vedado, por força do art. 39, I, do CDC.

¹²³ REsp 1639320/SP, Rel. Paulo De Tarso Sanseverino, 2ª S-STJ, j. 12.12.2018.

¹²⁴ REsp. 1.331.948, Rel.. Ricardo Villas Bôas Cueva, ,j. 14.06.2016.

4.2 Cobrança de juros compensatórios nos contratos de financiamento habitacional

Sobre os contratos de financiamento habitacional, já decidiu o STJ¹²⁵ que não é abusiva, nos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis em construção sob o regime de incorporação imobiliária a cláusula de cobrança de juros compensatórios incidentes em período anterior à entrega das chaves - os denominados "juros no pé":

1. Violação ao art. 535, do Código de Processo Civil, não configurada. Acórdão estadual que enfrentou todos os aspectos essenciais à resolução da controvérsia de forma clara e fundamentada.
2. Incidência da súmula 7/STJ no tocante à análise da existência ou não de capitalização de juros pela utilização da Tabela Price. Tribunal de origem que, após a produção de laudo pericial, consignou não haver anatocismo no presente caso. Questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.
3. Contrato de promessa de compra e venda. Cobrança de juros antes da entrega das chaves. Possibilidade. Não é abusiva a cláusula contratual que prevê a cobrança de juros antes da entrega das chaves. Precedentes.
4. Agravo regimental desprovido.

Assim, ao comprar um imóvel na planta, é comum que o consumidor ofereça uma entrada e parcele o restante do valor até a entrega das chaves. No momento da entrega do imóvel, havendo saldo devedor, o consumidor deve ou pagá-lo à vista ou buscar um financiamento. Durante o período da construção do imóvel pela incorporadora, porém, há uma evolução do saldo devedor (juros remuneratórios e encargos). Discutia-se a licitude da cobrança desses juros, denominados "juros no pé". Afinal, por força deles, o saldo devedor é aumentado na origem, ou seja, no momento da entrega das chaves, o valor devido não será mais o inicial, mas o inicial acrescido de juros remuneratórios cobrados no período. Consoante julgado acima, decidiu-se que tal cobrança é lícita.

A Súmula 543 do STJ versa sobre a restituição dos valores pagos no caso de arrependimento do consumidor:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a **imediata restituição** das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015). (grifei)

¹²⁵ AgRg no Ag 1252154/SP, Rel. Marco Buzzi, 4ª T- STJ, j. 23.06.2015.

Mostram-se recorrentes cláusulas abusivas nesses contratos de financiamento de compra e venda. Suponha-se que, uma vez comprada a unidade habitacional, no meio do contrato, o consumidor veja-se impossibilitado financeiramente de manter ou desinteressado na contratação, opte pela rescisão contratual. Nesse caso, a culpa - e, conseqüentemente, a responsabilidade - pela rescisão do contrato pertence ao consumidor, pois não há atraso na obra, a construtora está edificando o condomínio consoante o cronograma contratual. Não há vedação à rescisão.

Em alguns casos, porém, verificada essa hipótese, depara-se o consumidor com cláusulas contratuais que preveem a devolução de valores pagos somente no final da obra, de forma parcelada, após a entrega do empreendimento, mediante a incidência de percentuais de multa. Disposições dessa ordem, em regra, não são aceitas pelo STJ: a restituição deverá ser imediata, integral ou parcial, sendo possível a retenção de valores entre dez e vinte por cento, a depender do caso concreto.

Nesse sentido, é o enunciado das Súmulas 1 e 2 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Súmula 543 do STJ, *in verbis*:

O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem (Súmula 1).

A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição (Súmula 2).

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao CDC, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (Súmula 543)

Ressalte-se que esse tema foi objeto de alteração legislativa, que culminou na Lei 13.786 de 27.12.2018, alterando as Leis n.º 4.591/1964 e 6.766/79, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade em incorporação imobiliária em parcelamento do solo urbano para prever em seu art. 43-A, § 1º que se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo de 180 dias da data estipulada no contrato, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do

contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A da Lei 13.786/2018. Portanto, verifica-se que para os contratos celebrados após a alteração legislativa, ou seja, 27 de dezembro de 2018, o valor a ser devolvido deverá corresponder à integralidade das quantias pagas pelo consumidor incidindo a multa estabelecida no contrato.

Cumprido destacar ainda que o STJ entendeu possível a cobrança de comissão de corretagem nos contratos de compra e venda de imóveis na planta, desde que conste de forma expressa, clara, objetiva e destacada para o consumidor que ele será o responsável pelo pagamento. Diferentemente, porém, ocorre com a cláusula SATI (Taxa de Assessoria Técnico-Imobiliária), considerada abusiva pelo Superior Tribunal de Justiça¹²⁶:

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.
1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.
II - CASO CONCRETO: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1.
2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese (...)

Ao contrário do que ocorre na compra de imóveis no contrato de consórcio há entendimento do Superior Tribunal de Justiça que não é preciso a restituição imediata de valores quando da desistência do contrato, sob o argumento de que a devolução do valor ao consorciado dissidente impactaria o grupo do consórcio que contou com a participação deste. Assim, pode o consumidor ser obrigado a aguardar a finalização do grupo consorciado, evitando-se que cause o seu desequilíbrio, conforme se verifica da decisão do Superior Tribunal de Justiça decidida em sede de recurso especial repetitivo¹²⁷:

¹²⁶ REsp 1599511/SP, Rel. Paulo De Tarso Sanseverino 2ªT, STJ, j. 24.08.2016.

¹²⁷ REsp 1119300/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2ªT, STJ, j. 14.04.2010.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS PELO CONSORCIADO. PRAZO. TRINTA DIAS APÓS O ENCERRAMENTO DO GRUPO.

1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano.

2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Pela análise das decisões mencionadas, verifica-se que a devolução dos valores das parcelas pagas pelo consumidor desistente no caso do financiamento habitacional impacta a continuidade da obra pelo construtor e mesmo assim adota-se o entendimento que privilegia o consumidor em detrimento do poder econômico do financiador da obra, de modo que mencionada decisão evidencia a adoção do princípio em favor da defesa do consumidor na ordem econômica.

Já com relação à decisão quanto ao consorciado desistente privilegiou-se a maioria dos consorciados, ou seja, o grupo dos consumidores a fim de que o objetivo maior que é a união de forças para a aquisição do bem fosse respeitada.

Verifica-se, nesses dois casos, que o princípio da defesa do consumidor foi observado e que sua incidência impacta de forma bastante relevante a ordem econômica já que determina que as instituições que se utilizam do crédito para a incremento da atividade empresarial devolvam o dinheiro recebido pelos consumidores.

4.3 Retenção de valores mantidos em conta corrente decorrentes de salários para pagamento de empréstimos bancários.

A difusão dos empréstimos bancários e a facilidade de se obtê-los por meio da internet ou de caixas eletrônicos para aqueles que mantêm conta corrente bancária acarretou o fenômeno do superendividamento que pode ser constatado nos dias atuais.

O crescimento do número de empréstimos gerou na mesma proporção o aumento da inadimplência. Diante da busca de seu crédito, os bancos não hesitam senão bloquear valores mantidos em conta corrente para satisfação da dívida. Não raras vezes o bloqueio desses valores recai sobre quantias decorrentes de salários ou vencimentos dos titulares das contas, caracterizando verdadeira prática abusiva, já que mencionado bloqueio encontra óbice na impenhorabilidade dos vencimentos, conforme previsão do art. 833, IV, do Código de

Processo Civil, que foi instituído como proteção à manutenção da subsistência mensal do devedor e de sua família.

Diante de tal situação, surge grande debate acerca da admissibilidade desse bloqueio, já que o aludido artigo veda a penhora de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça havia editado a Súmula 603 que vedava qualquer tipo de desconto decorrente de salário na conta corrente, ainda que houvesse autorização do correntista: “É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual”.

Entretanto, a Súmula 603, em curto espaço de tempo após sua edição, foi cancelada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em sede do julgamento do REsp n. 1.555.722-SP, 2º Seção, julgado em 22.08.2018, de relatoria do Min. Lázaro Guimarães, em que ficou estabelecido ser lícito o desconto em conta-corrente bancária comum, ainda que usada para recebimento de salário, das prestações de contrato de empréstimo bancário livremente pactuado, sem que o correntista, posteriormente, tenha revogado a ordem:

Em seu voto vista o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO fundamentou as razões para o cancelamento da súmula nos seguintes termos:

Com efeito, evidentemente, não se tem por fim restringir a autonomia privada, visto que, como máxima de experiência, é comum que os mútuos tenham previsão dessa forma de pagamento, pois traz comodidade e tem o óbvio condão de reduzir o spread bancário, visto que diminui os custos de cobrança (v.g., emissão de boleto), assim como, estatisticamente, o risco de mora.

(...)

Outrossim, não faria nenhum sentido, e seria flagrantemente contrário ao princípio da isonomia, que a Súmula vedasse os descontos voluntários (por acordo de vontades) em conta-corrente apenas do mútuo a envolver administrador da conta, quando é notório que, usualmente, o correntista se vale de tal mecanismo para o pagamento da quase totalidade de seus débitos pessoais.

Atualmente o Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de valores decorrentes de salários que sejam mantidos em conta corrente a fim de que a instituição financeira credora salde a dívida decorrente do empréstimo realizado pelo mutuário. Isso porque diante da

concordância do correntista com relação à ordem de descontos em sua conta corrente, não há ato ilícito praticado pelo banco, devendo prevalecer no caso o princípio da autonomia da vontade, inexistindo qualquer violação aos princípios consumeristas. Nesse sentido, antes da edição da polêmica súmula 603 do STJ, pertinente destacar a seguinte decisão do STJ¹²⁸:

A jurisprudência desta Corte entende pela validade da cláusula autorizadora de desconto em conta-corrente para pagamento das prestações do contrato de empréstimo, ainda que se trate de conta utilizada para recebimento de salário.

Verifica-se que a súmula 603 do STJ foi editada em dissonância com a própria jurisprudência recente daquele Tribunal, tendo em vista que havia dentro do próprio sodalício entendimento contrário ao que foi adotado pela súmula que vedava os descontos de empréstimos em conta corrente.

Assim, com a autorização do correntista o fato é que atualmente é admissível, segundo já decidido pelo STJ, que os bancos efetuem descontos em conta corrente a fim de saldar débitos de empréstimos, inclusive sem teto de limitação, segundo os argumentos expostos pelo Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto vista proferido no já citado REsp n. 1.555.722-SP, 2º Seção, j. 22.08.2018, de relatoria do Min. Lázaro Guimarães e que se fundamentou nos seguintes argumentos: a) a limitação dos 30% seria de difícil operacionalização; b) resulta no comércio bancário e nas vendas a prazo, em encarecimento ou até mesmo restrição do crédito, sobretudo para aqueles que não conseguem comprovar a renda; c) conduz à amortização negativa do débito, com aumento mês a mês do saldo devedor; d) viola o art. 313 do CC, ao efetivamente impor ao credor o recebimento de prestação diversa da devida; e) uma vinculação perene do devedor à obrigação, como a que conduz no mais das vezes esse tipo de solução, não se compadece com o sistema do direito obrigacional, que tende a ter termo; f) tolhe a instituição financeira "de lançar mão de procedimentos legítimos para a satisfação de seu crédito", inclusive "do acesso à justiça, para arresto ou penhora de bens do devedor"; g) não tem supedâneo legal, razoabilidade, e não se extrai do direito comparado nenhuma experiência similar; h) destoa dos exemplos das legislações estrangeiras, costumeiramente invocados, que buscam, por vezes, com medidas extrajudiciais, solução para o superendividamento que, isonomicamente, envolvam todos os credores; i) à míngua de novas disposições legais específicas, há procedimento, já previsto no

¹²⁸ REsp 1584501/SP, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ªT-STJ, j. 06.10.2016.

ordenamento jurídico, para casos de superendividamento - do qual podem lançar mão os próprios devedores -, que é o da insolvência civil.

À luz das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor e diante da vedação expressa de penhora dos salários, prevista no art. 833, IV, do Código de Processo Civil, sustentamos que o bloqueio total dos vencimentos recebidos em conta corrente viola a literalidade da lei e não poderia ser aceita, de modo que deve ser aplicada por analogia a Lei nº 10.820/03 que regulamentou as autorizações para descontos de prestações originadas de contratos de empréstimos bancários em folha de pagamentos dos empregados da iniciativa privada e também dos servidores públicos, ao limite máximo de 30% da remuneração disponível.

4.4 Limites de descontos decorrentes do contrato de crédito consignado em folha de pagamento dos trabalhadores

Conforme preveem os artigos 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003, 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, a soma dos descontos em folha referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil não poderá exceder a 30% da remuneração disponível do trabalhador. Tal disposição visa a atingir um equilíbrio (razoabilidade) entre os objetivos do contrato e a natureza alimentar do salário (dignidade da pessoa humana).¹²⁹

A limitação dos descontos diretamente no salário do trabalhador, para o fim de pagamento de parcelas de empréstimos, no percentual de 30% do total de seus provimentos, revela situação que permite o pagamento dos empréstimos, ainda que de forma mais dilatada, mantendo o contrato e preservando a boa-fé das partes contratantes.

Em disputas judiciais, diversos bancos para justificar a pretensão do afastamento do limite de desconto no percentual de 30% do total dos vencimentos do trabalhador invocam a aplicação do Decreto n.º 51.314/06 para fundamentar a pretensão de apropriação de metade dos vencimentos. No entanto, sustentamos que tal alegação não deve prevalecer, pois referido Decreto não pode se sobrepôr ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Incontestável que os vencimentos do trabalhador ou até mesmo do servidor público não

¹²⁹ Nessa linha de raciocínio já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os empréstimos consignados na folha de pagamento do servidor público estão limitados a 30% do valor de sua remuneração, ante a natureza alimentar da verba (STJ, AgRg-RMS n. 30.070-RS, 6ª Turma, j. 17.09.2015, Rel. Min. Nefi Cordeiro).

podem ser retidos de modo integral ou em importe excessivo pela instituição bancária, sob pena de prejuízo à sobrevivência do devedor.¹³⁰

Ressalte-se que a retenção de percentual de salário acima de 30% efetivamente afronta aos dispostos nos artigos 7º, inciso X, da Constituição Federal, e o art. 833, inciso IV, do Código de Processo Civil. Ademais, destaque-se que diante do princípio da hierarquia das normas e considerando que os descontos na margem superior comprometem a sobrevivência do devedor, a Lei Federal nº. 10.820/2003 deve prevalecer sobre o Decreto Estadual nº 51.314/06.

Assim, com eventual acolhimento de revisão de contratos cujo limite de descontos ultrapasse a margem de 30%, não há que se falar que o contratante se encontra em mora ou que tenha ocorrido o vencimento antecipado do contrato no caso de pagamento dos empréstimos seguindo os parâmetros estipulados judicialmente, pois com a decisão judicial ocorre a revisão da cláusula que estipula o valor da parcela a ser consignada, conforme dispõem os artigos 480 do Código Civil e 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, de modo que entendemos que deve ser afastada qualquer cobrança que não se enquadre nos termos da decisão judicial, que prevê o pagamento dos empréstimos limitados na margem de 30% dos vencimentos do devedor.

Esse tipo de revisão contratual impacta sobremaneira a ordem econômica no que tange às contratações bancárias, já que é imposta ao banco uma dilação do tempo de recebimento do seu crédito, quebrando a expectativa gerada pelo contrato. Verifica-se que, nesse caso, o princípio da proteção à defesa do consumidor foi efetivamente prestigiado e utilizado como fundamento para assegurar a existência digna na ordem econômica, como, aliás, prevê o art. 170, V, da Constituição Federal.

4.5 Extinção do empréstimo consignado e a morte de servidor público estadual.

¹³⁰ Nesse sentido, destacamentos o seguinte julgado do E. Superior Tribunal de Justiça: (...) 3. Entretanto, conforme preveem os arts. 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003, 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, a soma dos descontos em folha referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil não poderá exceder a 30% (trinta por cento) da remuneração disponível do trabalhador. É que deve-se atingir um equilíbrio (razoabilidade) entre os objetivos do contrato e a natureza alimentar do salário (dignidade da pessoa humana).Precedentes do STJ. (...).Destarte, o Tribunal estadual ao permitir descontos em folha em percentual equivalente a 50% (sessenta e oito por cento) dos vencimentos da servidora pública, divergiu do entendimento consolidado nesta Corte Superior. (AgREsp 1360353, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 2.8.2013).

A Lei nº 1.046/1950 que regula a contratação de empréstimos por meio de consignação em folha de pagamento prevê em seu artigo 16 que ocorrido o falecimento do consignante, ficará extinta a dívida do empréstimo feito mediante simples garantia da consignação em folha.

Mencionada disposição, no entanto, não foi reproduzida pelas Leis nºs 8.112/90 e 10.820/03, que tratam dos servidores federais e dos empregados regidos pela CLT, respectivamente, de modo que podemos concluir que a estes o teor do art. 16 da Lei nº 1.046/1950 não é aplicado.

Solução diversa, no entanto, é aplicada aos servidores estaduais, pois como não há nenhuma lei posterior que abarque a situação destes, a revogação, derrogação ou ab-rogação provocadas pelas Leis nºs. 8.112/1990 (servidores federais) e 10.820/2003 (regime da CLT) estão limitadas às pessoas sujeitas aos seus respectivos regimes.¹³¹ Assim, para os servidores públicos estaduais, ao menos do Estado de São Paulo, ainda prevalece o entendimento de que se aplica o indigitado artigo 16 da Lei n. 1.046/1950, que prevê a extinção da dívida decorrente do empréstimo realizado por meio de crédito consignado em folha de pagamento. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Não se olvida que, em regra, o espólio responde pelas dívidas do falecido e, realizada a partilha, responderão os herdeiros na proporção do que lhes coube (art. 1.997, do Código Civil). No entanto, referida regra, expressamente, é excepcionada pela Lei nº 1.046/50, especial. A Lei nº 1.046/50 regulamentou a consignação em folha de pagamento realizada por funcionários públicos, ativos ou inativos, e estabeleceu em seu artigo 16 que: 'ocorrido o falecimento do consignante, ficará extinta a dívida do empréstimo feito mediante simples garantia da consignação em folha.' Posteriormente, sobreveio a Lei Federal nº 8.112/90, que passou a regulamentar do regime jurídico dos servidores públicos civis da união, autarquias e fundações públicas federais, não sendo aplicável à hipótese dos autos, porquanto, o falecido era servidor público estadual (fls.12). Além disso, o art. 45, da referida norma sequer tratou da hipótese de morte do mutuário ao regulamentar a consignação em folha de pagamento, circunstância que, por si só, afastaria a tese de revogação da norma anterior. Do mesmo modo, o Decreto nº 8.690/2016, restrito aos servidores do Poder Executivo Federal, igualmente não tratou da hipótese de falecimento do servidor. Outrossim, a Lei nº 10.820/2003, invocada pela instituição financeira para exigir as obrigações contratuais da autora (fls.15), não se aplica à hipótese dos autos, pois regulamentou a consignação em folha de pagamento dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (Art. 1º). Dessa forma, considerando que nenhuma das invocadas pelo banco são aplicáveis à hipótese dos autos e, ainda, que elas não revogaram expressamente o art. 16 da Lei nº 1.046/50 e deixaram de regulamentar este aspecto de

¹³¹ Esse foi o entendimento adotado no julgamento do REsp n. 1.672.397-PR, STJ, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 21.09.2017.

que tratava a lei, não há se falar em revogação tácita (Art. 2º, §§1º e 2º, da LINDB). Portanto, comprovado que o empréstimo impugnado perfizera-se na modalidade consignada (fls.32), de rigor a extinção da obrigação com o óbito do mutuante (fls.11). Nesse sentido, caminha o entendimento deste E. Tribunal de Justiça.¹³²

RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. repetição de indébito e indenização por dano material e moral. Cobrança irregular de empréstimo consignado após o falecimento da contratante consignante. Aplicabilidade do art. 16 da Lei 1.046/50 (extinção da dívida em caso de falecimento do consignante), que não foi revogado pela legislação ulterior (Leis 8.112/90, 10.820/2003 e 13.172/2015 e Decretos 6.386/2008 e 8.690/2016). Incompatibilidade entre normas que não pode ser presumida. Repetição de indébito autorizada na forma simples. Autora que ocupou o polo passivo de ação de execução em razão da dívida inexigível que o banco réu insistiu em cobrar - Angústia e transtornos além do limite aceitável. Dano moral bem caracterizado. *Damnum in re ipsa*. Indenização devida. Arbitramento realizado segundo os critérios da prudência e razoabilidade. Procedência parcial redimensionada. Recurso provido em parte.¹³³

Não se olvida que a extinção do empréstimo, sem que haja o pagamento integral da dívida pelo servidor falecido, impacta o equilíbrio econômico das instituições financeiras. No entanto, a falta de regulamentação acerca da extinção do contrato de empréstimo em caso de morte do servidor público estadual não pode ser interpretada de forma prejudicial a ele de modo a excluir a regra geral prevista no art. 16 da Lei 1.046/1950. Entendimento contrário vai de encontro ao princípio da proteção à defesa do consumidor, que deve ser adotado como norte na ordem econômica (art. 170, V, CF), razão pela qual até que não sobrevenha norma específica que regulamente o vácuo normativo apontado a extinção dos contratos de empréstimos em caso de morte do servidor estadual é a solução permitida pela lei.

4.6 Juros cobrados nos contratos de adiantamento de recebíveis

Tratando-se de empresa que opera no ramo de *factoring*, não integrante do sistema financeiro nacional, entendimento adotado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a taxa de juros cobrada deve obedecer à limitação prevista no art. 1º do Decreto nº. 22.626, de 7.4.1933, sendo descabida a exigência de comissão de permanência e da capitalização mensal dos juros. A esse respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

¹³² Apelação nº. 1006926-69.2017.8.26.0006, 19ª Câmara de Direito Privado – TJSP, rel. Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 08.05.2018.

¹³³ Apelação n.º 0000184-51.2013.8.26.0114, 20ª Câmara de Direito Privado – TJSP, rel. Correia Lima, j. 11.06.2018.

As empresas de "factoring" não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura.¹³⁴

O risco do negócio celebrado com as instituições faturadoras de crédito é muito alto, de modo que com a orientação de que os juros cobrados não podem ser superiores a 12% ao mês a atuação dessas empresas acaba não sendo tão atraentes para aqueles que pretendem atuar nesse ramo, motivo pelo qual sua existência tem sido cada vez menos frequente, diante da impossibilidade de cobrança de juros que resguarda ao menos o risco de se atuar em um mercado de tantas incertezas como é o caso das empresas de *factoring*.

A interpretação do Superior Tribunal de Justiça, nesse caso, protegendo de forma desequilibrada o consumidor interfere na ordem econômica negativamente, de forma a diminuir a atuação das empresas de faturização no mercado de crédito, desestimulando essa atividade econômica.

4.7 Vedação de cobrança de tarifa para liquidação antecipada

De acordo com o art. 52, § 2º do CDC é assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Diversas instituições financeiras quando recebem pedidos de liquidação antecipada de financiamentos ou empréstimos cobram uma tarifa para liquidação do contrato. Tal prática, entretanto, não se coaduna com a orientação traçada pelo artigo mencionado que prevê como direito do consumidor a redução proporcional dos juros e demais acréscimos que envolvam a outorga do crédito.

Diante de tal abusividade corriqueiramente praticada pelas instituições de crédito, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução n.º 3516/2007, em 06.12.2007, que vedou a cobrança da referida tarifa para pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte, conforme se verifica em seu art. 1º:

Art. 1º Fica vedada às instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada nos contratos

¹³⁴ AgInt nos EDcl no AREsp 40581-PR, 4ª Turma - STJ, rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 18-09-2018.

de concessão de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, firmados a partir da data da entrada em vigor desta resolução com pessoas físicas e com microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Pela análise da citada resolução, podemos extrair que o legislador deu ênfase também as microempresas e as empresas de pequeno porte, alinhando-se ao princípio da ordem econômica que prevê o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170, IX, CF).

Ressalte-se que a cláusula que preveja a renúncia ao direito de liquidação antecipada é abusiva, assim como também será abusiva a cláusula que imponha uma tarifa ou taxa para a liquidação antecipada da dívida, pois o consumidor, seja pessoa física ou jurídica, não deve pagar para exercer um direito assegurado pelo CDC, como é o caso da liquidação antecipada (art. 52, § 2º do CDC).

Destaque-se que a cobrança de valores para a amortização ou quitação da dívida acarreta, por vezes, a inibição do pagamento da dívida por parte do consumidor, já que ele terá que despendar maior valor além do que devido, razão pela qual entendemos que tal cobrança impacta negativamente na economia já que o pagamento antecipado da dívida é desestimulado.

Assim, caso o consumidor pretenda antecipar a quitação da dívida, seja por meio do pagamento ou pela amortização de parte do saldo devedor, os juros devem sofrer redução proporcional, diminuindo-se o valor final a pagar, conforme previsto no art. 52, § 2º, do CDC.

4.8 Devolução dos valores do consorciado desistente nos contratos de consórcio

Segundo Humberto Theodoro Júnior o contrato de consórcio consiste em um instrumento de poupança e de solidariedade entre aqueles que, isoladamente, não conseguiriam adquirir certos objetos, como os automóveis, ou somente o fariam com enormes e intoleráveis sacrifícios. O equilíbrio econômico de todas as prestações programadas para o grupo e a plena solvabilidade de todos os seus componentes são requisitos indispensáveis ao sucesso do contrato. Daí que a maior liquidez na apuração das prestações é fato que interessa mais à comunidade dos consorciados do que às administradoras.¹³⁵

¹³⁵ Theodoro Júnior, Humberto, *Contrato de Consórcio*, Revista dos Tribunais, Março 1989, vol. 641/1989, p. 7/17

A celebração do contrato de consórcio é largamente difundida na sociedade brasileira sendo regido pela Lei nº 11.795/08 e aplicável aos contratos celebrados a partir de 06 de fevereiro de 2009.

O grupo de consórcio não tem o mesmo tratamento de uma simples aplicação financeira onde, perdido o interesse no investimento, tem o consumidor direito ao imediato resgate dos valores que depositou. É que a desistência voluntária do consorciado cria um desfalque no grupo respectivo e não se pode presumir que houve a imediata substituição do desistente por outro aderente ao grupo.

Uma das características do contrato de consórcio é o longo prazo, de modo a possibilitar o pagamento de parcelas em valores diluídos. O consorciado que desistiu do plano ou dele foi excluído por outro motivo não pode ser beneficiado em detrimento dos outros integrantes que permanecem no grupo, os quais, se não contemplados por sorteio, deverão continuar pagando as parcelas até o seu encerramento.

Assim, diversas são as insurgências apresentadas em Juízo em que o consorciado desistente do grupo de consórcio pleiteia de imediato a devolução das parcelas pagas. Não há nenhuma abusividade na cláusula que prevê a restituição apenas quando houver a contemplação do consorciado excluído, nos termos do disposto nos artigos 22¹³⁶ e 30¹³⁷ da Lei 11.795/08.

A devolução dos valores pagos a título de cota consorcial pelo consorciado desistente/excluído deverá ser feita mediante contemplação por sorteio nas assembleias mensais ou para os que não tenham sido contemplados no sorteio específico, em até 30 dias após o encerramento do grupo.

Tal entendimento foi consubstanciado no julgamento do Recurso Especial nº 1.119.300/RS, sob o rito do art. 543-C, do CPC/73, atual art. 1.040 do NCPC¹³⁸:

1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do

¹³⁶Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30. § 1º A contemplação ocorre por meio de sorteio ou de lance, na forma prevista no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão. § 2º Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do art. 30.

¹³⁷ “Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembleia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º.”

¹³⁸ REsp 1119300/RS, Rel. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 14.04.2010.

prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano. 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Já no que se refere à devolução dos valores pagos a título de taxa de administração e fundo de reserva do valor total pago, o entendimento que mais se coaduna com as normas protetivas do consumidor é aquele que admite a retenção de tais valores pela administradora do consórcio até a data do inadimplemento, nos termos do art. 5º, § 3º da Lei n.º 11.795/08, tendo em vista que os valores pagos foram utilizados em prol do consorciado desistente. A esse respeito, destaque-se o já decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹³⁹:

RESCISÃO DE CONTRATO - consórcio de bem imóvel - desistência do consorciado - necessidade de devolução imediata das parcelas quitadas, com dedução tão-somente da taxa de administração, fundo de reserva e seguro - art. 51, IV, do CDC - inaplicabilidade do entendimento consolidado no REsp. 1.119.300/RS, julgado em sede de recurso repetitivo - correção monetária devida desde o desembolso de cada parcela pela Tabela Prática do TJSP Súmula 35 do STJ - juros moratórios devidos desde a citação - demanda procedente - recurso provido.

A celebração dos contratos de consórcio tem relevante impacto na ordem econômica, já que impulsiona o consumo, gerando renda, sendo de grande importância a fim de preservar e concluir do contrato para a difusão do crédito para a aquisição de bens móveis ou imóveis. Assim, a postergação da devolução dos valores pagos ao consorciado desistente não viola as normas do CDC. Ao contrário, garante os direitos dos demais consumidores que aderiram ao grupo e pretendem concluir o contrato. Da mesma forma, a dedução da taxa de administração ao desistente também não configura cláusula abusiva, já que o serviço foi efetivamente prestado pelo fornecedor.

4.9 Legitimidade das instituições financeiras para figurar no polo passivo de ações que visam à rescisão de contratos de compra e venda

Diversos são os financiamentos de bens móveis, especialmente veículos, que são objeto de questionamento em sede judicial e que geram dúvidas quanto à legitimidade do banco financiador e do vendedor para figurar no polo passivo.

Não raras vezes o bem móvel vendido e financiado apresenta defeito e o consumidor tem que se socorrer ao Poder Judiciário para pleitear a rescisão do contrato. Nesse caso, existe

¹³⁹ Apelação 1003782-73.2018.8.26.0161, 16ª Câmara de Direito Privado, Rel. Jovino de Sylos, j. 05/06/2019..

controversa se o banco, por ter figurado na relação jurídica apenas como agente financiador possuirá legitimidade figurar no polo passivo da ação onde se pleiteia a rescisão do contrato ao lado do vendedor, a fim de responderem pelo vício apresentado pelo produto. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a responsabilidade solidária entre a instituição financeira e a concessionária de automóveis somente se perfaz, quando existe vinculação entre ambas, isto é, quando além de atuar como ‘banco de varejo’, a instituição financeira atua também como ‘banco da montadora’.¹⁴⁰

Assim, segundo esse entendimento as instituições financeiras somente terão responsabilidade pelo fato ou vício do produto financiado quando se tratar de contratos coligados. Caso contrário, a simples atuação no contrato de financiamento não as legitimam para responder por eventuais vícios ou defeitos do produto juntamente com o fornecedor. Tal entendimento se sustenta porque o vício ou defeito que fundamenta o pedido de rescisão do contrato ou ressarcimento de danos se originou da compra e venda do produto e não do financiamento em si.

Quanto à configuração de contratos coligados em compra e venda financiada a consumidor e da possibilidade do consumidor opor ao financiador o descumprimento do contrato de compra e venda ou prestações de serviços por parte do fornecedor comerciante ou prestador, destaque-se a doutrina de Francisco Paulo De Crescenzo Marino, que leciona o seguinte:

(a) Em conclusão, é cabível afirmar que o fundamento jurídico das consequências da coligação contratual formada por financiamento e fornecimento para consumo ostenta dupla índole. Por um lado, apoiam-se elas, diretamente, na existência de coligação contratual e na respectiva teoria, que tipifica as consequências mais importantes e permite a fértil transposição para esse campo, das soluções gerais ali encontradas. Por outro, baseiam-se nas normas de tutela do consumidor, especificamente na cláusula geral, dispersa por diversas normas do CDC, de responsabilidade solidária dos fornecedores participantes da mesma cadeia e fornecimento. O que permite concluir pela participação na mesma cadeia de fornecimento é, precisamente, a existência de coligação entre os contratos. A principal consequência do coligamento na questão será a possibilidade de o consumidor opor ao financiador o descumprimento do contrato de compra e venda por parte do respectivo fornecedor, o que remete às considerações gerais feitas a esse respeito; e (b) Na coligação com partes distintas, a oponibilidade do inadimplemento do terceiro pressupõe que a prestação por parte do contrato coligado, à qual se pretende opor o descumprimento tenha-se se tornado inútil ao credor, por conta do inadimplemento do “terceiro” e a parte do contrato coligado, em relação a quem o descumprimento é oposto, haja comunhão de

¹⁴⁰ AgIn nos EDcl no REsp 1.752.619/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, STJ, j em 25.06.2019.

interesses, ou que, de outro modo, a parte que opõe o inadimplemento tenha a expectativa legítima de que as prestações das contrapartes se vinculavam de tal modo que nenhuma delas poderia exigir contraprestação sem que a outra também adimplisse.¹⁴¹

Quando à existência de responsabilidade solidária de todos os que integram a cadeia de fornecimento, pertinente destacar a orientação de Cláudia Lima Marques:

O art. 3º do CDC bem especifica que o sistema de proteção ao consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtores e da cadeia de fornecimento de serviços o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como todos os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades (...) de prestação de serviços, não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual, com o consumidor. Em outras palavras, o CDC menciona fornecedores, pensando em todos os profissionais da cadeia de fornecimento de fabricação, produção, transporte e distribuição dos produtos e da criação e execução de serviços da sociedade de consumo. O parágrafo único do art.7º bem especifica que há mesmo solidariedade nesta cadeia (...).¹⁴²

Assim, em se tratando de contratos coligados há entendimento que deve ser reconhecida a legitimidade das instituições financeiras para figurarem no polo passivo das ações que visam à rescisão do contrato de compra e venda em decorrência de vício ou defeito ocorrido no bem objeto de compra e venda:

[...] 4. A unidade de interesses, principalmente econômicos, constitui característica principal dos contratos coligados. 5. Concretamente, evidenciado que o contrato de financiamento se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, havendo sido firmado com o propósito de incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no Posto de Serviço Ipiranga, obrigando-se o Posto revendedor a aplicar o financiamento recebido na movimentação do Posto de Serviço Ipiranga, está configurada a conexão entre os contratos, independentemente da existência de cláusula expressa. 6. A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido. 7. Na execução, a exceção de contrato não cumprido incide sobre a exigibilidade do título, condicionando a ação do exequente à comprovação prévia do cumprimento de sua contraprestação com o requisito imprescindível para o ingresso da execução contra o devedor. 8. Recurso especial desprovido.¹⁴³

¹⁴¹ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221/222.

¹⁴² BENJAMIM, Antônio Herman de V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

¹⁴³ REsp 985531/SP, 3ªT-STJ, rel. Min. Vasco Della Giustuna, j. 01.09.2009.

Ressalte-se que a condicionar a vinculação de instituições entre a montadora de veículos com o banco financiador para reconhecer a responsabilidade solidária entre ambos, conforme posição adotada pelo STJ no citado REsp 1.752.619/SP não protege o consumidor de forma integral e não se coaduna com o disposto com o art. 3º do CDC que, de forma ampla, considera como fornecedor todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtores/serviços. Mencionada questão é de grande relevância para a ordem econômica já que excluir a responsabilidade da instituição financeira nessas condições não efetiva a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica conforme previsão do art. 170, V, da Constituição Federal.

4.10 Rescisão do contrato de leasing e o direito do arrendatário ao valor residual garantido

O contrato de arrendamento mercantil é regido pela Lei n.º 6.099/74, sendo largamente utilizado pelas instituições financeiras.

No contrato de arrendamento mercantil financeiro, o arrendador busca o recebimento de dois montantes visando ao lucro no negócio, geralmente diluído em prestações mensais: *a*) o valor que desembolsou para aquisição do bem e; *b*) o valor de depreciação do bem em razão do período do contrato.

O valor da prestação não equivale somente à remuneração do dinheiro, mas inclui também a depreciação do equipamento, de modo que sua cifra econômica é bem superior a uma simples locação.

Quando o arrendatário opta por não renovar o contrato nem adquirir a coisa arrendada, o arrendador possui um montante que representa uma garantia mínima de pagamento, pago independentemente do valor das prestações mensais do arrendamento mercantil, essa quantia equivale ao valor residual garantido (VRG).

Importante destacar que o valor residual garantido (VRG) não se confunde com o valor residual (VR ou preço residual, também conhecido como opção de compra), o qual é pago quando o arrendatário opta por comprar o bem arrendado. A esse respeito, bem ilustra o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁴:

¹⁴⁴ REsp 249.340/SP, 4ª Turma-STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.05.2000.

(...) No contrato de leasing, o ‘valor residual’ é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, enquanto o ‘valor residual garantido’ é obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir que o arrendador receba, ao final do contrato, a quantia mínima final de liquidação do negócio, em caso de o arrendatário optar por não exercer seu direito de compra e, também, não desejar que o contrato seja prorrogado. (...).

Enquanto o valor residual garantido (VRG) pode ser pago em qualquer momento durante a vigência do contrato (de forma antecipada ou diluída em parcelas), o valor residual estabelecido para a opção de compra do bem só pode ser pago ao final, conforme preceitua a Súmula 293 do STJ:

A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

No caso de cobrança antecipada, o arrendador/arrendante dilui o VRG nas próprias parcelas mensais, de modo que o montante mensal de cada parcela englobaria (i) a parcela do valor que desembolsou para aquisição do bem; (ii) a parcela do valor de depreciação do bem em razão do período do contrato; e (iii) a parcela do VRG.

Segundo a Súmula nº 564 do STJ, no caso de reintegração de posse em arrendamento mercantil financeiro, quando a soma da importância antecipada a título de valor residual garantido (VRG) com o valor da venda do bem ultrapassar o total do VRG previsto contratualmente, o arrendatário terá direito de receber a respectiva diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos pactuados.

Também nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo (art. 543-C, do CPC/73) consolidou o entendimento segundo o qual “Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais”¹⁴⁵

Cumprido destacar que em caso de inadimplência do arrendatário, o arrendador é obrigado a vender o bem, nos termos do que dispõe o art. 14 da Resolução nº 2.309/96 do BACEN, que dispõe:

¹⁴⁵ REsp. nº 1.099.212/RJ, 3ª Turma-STJ, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 27.02.2013.

É permitido à entidade arrendadora, nas hipóteses de devolução ou recuperação dos bens arrendados:

I-conservar os bens em seu ativo imobilizado, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos;

II-alienar ou arrendar a terceiros os referidos bens.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também aos bens recebidos em dação em pagamento.

Verifica-se, assim, que nos casos de inadimplência de contratos de arrendamento mercantil (leasing), caso a soma da venda do bem com o valor residual garantido pago pelo inadimplente for maior que a sua dívida, a diferença deve ser restituída ao arrendatário, descontadas as despesas previstas no contrato, sob pena de configurar prática abusiva da instituição financeira, já que o consumidor terá subtraída sua opção de reembolso de quantia já paga, o que é vedado pelo art. 51, II, do CDC.

4.11 Purgação da mora no arrendamento mercantil de veículo automotor

O entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça admitia a purgação da mora nos contratos de arrendamento mercantil, embora a Lei nº 6.099/74 não dispusesse sobre a temática. Para tanto, o STJ valia-se do art. 401, inciso I, do Código Civil para admitir a purgação da mora.

Entretanto, com o advento da Lei n.º 13.043/14, cujo art. 101 estabeleceu que as disposições do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 seriam, a partir de então, aplicáveis à reintegração de posse de veículos objeto de arrendamento mercantil, passou-se a coibir a purgação da mora nesta espécie contratual, permitindo-se, por sua vez, a quitação integral do débito para obter a restituição do bem. Nesse sentido, pertinente a colação do seguinte julgado sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PURGAÇÃO DA MORA ANTERIOR À LEI 13.043/2014. ART. 401, I, DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE.

1. Jurisprudência consolidada no sentido da possibilidade de purgação da mora do devedor em contrato de arrendamento mercantil, a despeito da ausência de previsão na Lei n. 6.099/74, haja vista a regra geral do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

2. Reconhecimento de que até a inclusão do § 15º no art. 3º do Decreto-lei n. 911/69, em 14.11.2014 (Lei n. 13.043/2014), a norma que disciplinava a purgação da mora no contrato de arrendamento mercantil de veículo automotor era a do art. 401, I, do Código Civil. A

partir dessa data, contudo, não é mais permitida a purgação da mora também neste tipo de contrato, conforme norma específica. (...).¹⁴⁶

A vedação para a purgação da mora nos contratos de arrendamento mercantil impacta sobremaneira a ordem econômica, na medida em que o devedor inadimplente deverá quitar de forma integral o contrato se desejar a sua continuidade, sob pena de ter que devolver o bem ao credor que nesse caso poderá alienar o bem a terceiro, com vistas ao recebimento da dívida.

A inadimplência do consumidor acarreta a quebra da expectativa do credor quanto ao cumprimento de contrato. A solução da retomada do bem pelo credor, caso não haja o pagamento integral da dívida, nesse caso não caracteriza violação à defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, já que o princípio da força obrigatória dos contratos não deve ser relegado.

Ressalte-se que eventual diferença a maior obtida pelo credor com a venda do bem deve ser restituída ao consumidor/arrendatário, que nesse caso terá seu direito de restituição de quantias pagas preservado, não havendo qualquer violação ao princípio da defesa do consumidor no caso em comento.

4.12 A teoria do inadimplemento mínimo ou substancial nos contratos de alienação fiduciária

A alienação fiduciária em garantia constitui um contrato instrumental aplicável a qualquer operação creditícia. Sujeita-se a um negócio principal, no qual o devedor (fiduciante), com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor (fiduciário) da propriedade resolúvel de coisa móvel ou imóvel, ficando a parte responsável por devolvê-la quando verificada a ocorrência de determinado fato. Sobre o tema, confira-se a doutrina de Nelson Abrão¹⁴⁷:

O negócio fiduciário se reveste de plasticidade para assegurar ao credor respaldo na concessão do crédito, notadamente quando no setor imobiliário existe forte procura. Porém, para compatibilizar a oferta, exige-se, via de regra, a participação do agente financeiro para a consolidação do negócio contratual. (...)

A operação de implantação do negócio fiduciário resulta na concessão de crédito, típico de um sistema construído para, implementado seu registro, configurar ato bilateral oneroso e solene.

Normalmente, quando o banqueiro concede o crédito, registra garantia fiduciária para facilitar a recuperação na hipótese da mora, não

¹⁴⁶ AgInt no AgInt no AREsp 966.303/RS, Rel. Nancy Andrighi, 3ª-T-STJ, j. 20.03.2018.

¹⁴⁷ Abrão, Nelson. *Direito Bancário*. 17ª Ed. São Paulo, 2018, versão digital.

impedindo que cerquem a feitura do contrato outras garantais, tais como recebíveis, títulos de crédito e direito real de hipoteca, fazendo-se, assim, uma contribuição que serve de termômetro para manter os spreads e ainda os juros bancários.

Nessa relação, haverá o credor-fiduciário, que pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, mas que geralmente é uma instituição financeira que realiza o empréstimo do valor necessário para a compra do bem. Por possuir natureza instrumental, pode-se dizer que temos um direito real de garantia sobre coisa própria, representado pela transferência da propriedade (propriedade fiduciária) e do título de um bem para seu credor. O credor receberá a posse indireta do bem e o devedor se mantém com a posse direta.

Com essa garantia, ocorre a mitigação do risco para o credor e, conseqüentemente, a diminuição da taxa de juros, ao menos em tese. Trata-se de prática que fomenta o consumo, sendo de grande relevância para a economia, já que facilita a circulação de riquezas.

O principal diploma legislativo aplicável ao contrato de alienação fiduciária de bem móvel é o Decreto-Lei nº 911/1969, que foi responsável por regular e introduzir no Brasil a alienação fiduciária em garantia. Há ainda a Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, largamente utilizada pelas instituições financeiras.

A propriedade fiduciária é resolúvel, ou seja, o bem é afetado ao cumprimento da obrigação. Isso significa que, cumprida a obrigação, ela automaticamente se resolverá, conforme prevê o art. 25 da Lei nº 9.514/1997:

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

Ressalte-se, além disso, que a propriedade resolúvel é imune a eventuais atos constritivos, como a penhora. Em caso de inadimplemento do devedor (fiduciante), no entanto, muito se discutiu acerca da admissibilidade da incidência da teoria do inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial, que consiste naquele muito próximo ao cumprimento total da obrigação, ou seja, o devedor já cumpriu boa parte da obrigação firmada, porém é inadimplente em relação ao pouco que resta. A teoria do adimplemento substancial visa a mitigar os efeitos do inadimplemento reduzido, defendendo que, se a parte devedora cumpriu praticamente toda a obrigação firmada, a parte credora não teria o direito de pedir a resolução do contrato, pois essa medida seria desproporcional e violaria a boa-fé objetiva.

No que diz respeito aos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, após muita divergência, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a aplicação da teoria do adimplemento substancial. A propósito, foi o que restou decidido no REsp. nº 1.622.555/MG que firmou entendimento de que não se aplica a teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei nº 911/1969, tendo em vista que de acordo com o art. 3º, § 2º, do mencionado Decreto-Lei, o bem somente poderá ser restituído após o pagamento, no prazo de cinco dias, da integralidade da dívida pendente. A orientação adotada foi clara e taxativa ao exigir a quitação integral do débito¹⁴⁸:

1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO.

2. (...)

3. (...)

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. (...)

A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor – numa avaliação de custo-benefício – de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada. 4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso Especial provido (grifei)

A não aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária regidos pelo Decreto nº 911/1969 trata-se de decisão acertada, a nosso ver, porquanto resguarda a segurança jurídica das relações econômicas, preserva a boa-fé e respeita a regra prevista no art. 314 do Código Civil, que dispõe que o credor não é obrigado a aceitar prestação diversa daquela que lhe é devida. O entendimento aqui adotado não violou as normas consumeristas, mas tão somente privilegiou o cumprimento do contrato tal como firmado entre as partes, respeitando o princípio do *pacta sunt servanda*. Ressalte-se que o cumprimento do contrato pelas partes, tal como decidido no aresto mencionado, privilegia a segurança das relações jurídicas e conseqüentemente contribui para o desenvolvimento da boa ordem econômica do país.

¹⁴⁸ REsp. nº 1.622.555/MG, rel. Marco Buzzi, rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22.02.2017).

4.13 Contrato de Poupança e o prejuízo aos consumidores decorrente da taxa de referência equivalente a zero.

Por força do art. 4º, IX, da Lei 4.595/64 compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil. Assim, compete ao Conselho Monetário Nacional estabelecer todas as normas do sistema financeiro, tendo como expressão de sua voz o Banco Central do Brasil.

O art. 9º da Lei 4.595/64 determina que o Banco Central do Brasil deve cumprir as disposições da legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, de modo que todas as resoluções do CMN que estabelecem os parâmetros de cobrança dos encargos financeiros devem ser observados pelos atores do sistema financeiro.

A remuneração dos depósitos de conta poupança é regulada pelo art. 12 da Lei nº 8.177 de 1º de março de 1991, com a redação dada pela Lei nº 12.703 de 7 de agosto de 2012 e art. 7º da Lei nº 8.660, de 28 de maio de 1993.

Mencionada remuneração é composta por duas parcelas: I – a remuneração básica, dada pela taxa referencial – TR; e II – por uma remuneração adicional.

A remuneração adicional correspondente a 0,5% ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano for superior a 8,5%; ou 70% da meta da taxa Selic ao ano, enquanto a meta da taxa Selic ao ano for igual ou inferior a 8,5%.

A remuneração dos depósitos de poupança é calculada sobre o menor saldo de cada período de rendimento. O período de rendimento é o mês corrido, a partir da data de aniversário da conta de depósito de poupança.

No entanto, a taxa de referencial – TR, que foi criada para conter a indexação futura nos dias atuais não vale mais nada, já que nos últimos anos sua taxa foi equivalente a zero, conforme destacado pelo noticiário jornal “O globo”, nos seguintes termos:

A taxa perdeu os sinais vitais em 31 de julho de 2018, aos 27 anos, vítima de decisão do Conselho Monetário Nacional (CMN), que retirou dela parte do que restava de sua utilidade e após 11 meses de coma induzido, período no qual nada rendeu. Segundo familiares, sucumbiu, como muitos, à obsolescência trazida pela crise. Não deixa herdeiros e, na visão de opositores, tampouco saudades. O falecimento não foi confirmado oficialmente, porém. (...)

A taxa referencial - TR nasceu em 31.01.1991, durante a vigência do Plano Collor – II e a ela coube mudar a fórmula de rentabilidade da caderneta de poupança, a mesma que havia sido confiscada no início daquele governo. Até então, a poupança era corrigida com base nos índices de preço. O problema é que, ao corrigir a caderneta com base na inflação do passado, a fórmula acabava alimentando a inflação do futuro. Ela substituiu os índices de preços por taxas de juros que as instituições do mercado financeiro já praticavam. Como de hábito, esses juros sempre embutem uma expectativa de inflação para os meses seguintes. Assim, a caderneta deixaria de olhar para o retrovisor para focar o para-brisa.¹⁴⁹

Com a taxa de referencial – TR equivalente a zero e com a taxa Selic bem abaixo do percentual de 8,5% ao ano, que acarreta a incidência de apenas 70% da meta Selic ao mês, o consumidor acaba não tendo bons resultados quando mantém o seu dinheiro na poupança, já que a remuneração do dinheiro poupado, muitas vezes, sequer repõe a inflação. Diante desse quadro, os bancos acabam obtendo vantagens exageradas em prejuízo do consumidor, nos termos do art. 51, VI, do CDC.

Ao longo dos anos diversas condutas prejudiciais com relação à remuneração das cadernetas de poupança foram tomadas pelos bancos prejudicando os rendimentos dos consumidores com relação aos valores mantidos na caderneta de poupança como é o caso dos expurgos inflacionários, cujos índices foram aplicados de forma equivocada pelos bancos.

Ao final de muitos questionamentos judiciais com relação aos rendimentos de poupança, em orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo REsp n. 1.147.595-RS, 2ª Seção, j. 08.09.2010, rel. Min. Sidnei Beneti restou consignado que os consumidores tinham direito ao rendimento de correção monetária nos seguintes termos: Plano Bresser 26,06%; Plano Verão: 42,72%; Plano Collor I 84,32%; e Plano Collor II: 21,87%, destacando que as instituições financeiras eram partes legítimas para figurar no polo passivo das ações que questionavam a incidência da remuneração diversa da firmada como correta, adotando orientação de que a prescrição para a cobrança dos expurgos inflacionários era vintenária.

Mencionada decisão sem dúvida repercute na ordem econômica do país, já que todos os bancos foram obrigados a repor as perdas inflacionárias em favor dos consumidores, de modo que nesse caso verifica-se que houve, de fato, a proteção ao consumidor/correntista lesado pelas instituições financeiras.

¹⁴⁹ SETTI, Rennan. Disponível em <<https://epoca.globo.com/criada-para-conter-indexacao-futura-tr-ja-nao-vale-mais-nada-22967757>>, consulta em 26.07.2020.

4.14 Contrato de conta corrente e a cédula de crédito bancário.

O contrato de conta-corrente segundo o Ministro Luis Felipe Salomão “é a modalidade absorvida pela prática bancária, que traz praticidade e simplificação contábil, da qual dependem várias outras prestações do banco e mesmo o cumprimento de pagamento de obrigações contratuais diversas para com terceiros, que têm, nessa relação contratual, o meio de sua viabilização. A instituição financeira assume o papel de administradora dos recursos do cliente, registrando lançamentos de créditos e débitos conforme os recursos depositados, sacados ou transferidos de outra conta, pelo próprio correntista ou por terceiros.”¹⁵⁰

E segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda “conta-corrente é o contrato cuja prestação principal é a de criar em favor do correntista conta contábil em que se registram lançamentos de créditos e débitos conforme recursos depositados, sacados ou transferidos de outra conta, pelo próprio correntista ou por terceiros, nos termos do contrato.”¹⁵¹

Segundo já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵² o contrato de mútuo bancário ou de abertura de crédito fixo, com disponibilização de valor e prazo de pagamento determinados, constitui título apto a embasar demanda executiva, não incidindo nessa hipótese o teor da Súmula 233¹⁵³.

Assim, em caso de crédito fixo, há entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar o contrato de abertura de conta corrente, assinado por duas testemunhas, como título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, II, do CPC, na medida em que ele constitui verdadeiro mútuo de importância determinada. O valor do principal da dívida é demonstrável de plano, sendo sua evolução aferível por simples cálculos aritméticos. Ressalte-se que o entendimento da citada Corte é no sentido de que o contrato de abertura de crédito em conta corrente com crédito fixo, embora de liberação parcelada, pode ser considerado título executivo extrajudicial, pois há certeza e liquidez dos valores.

A cédula de crédito bancário surgiu para atender a qualquer operação de crédito como um financiamento, um empréstimo ou uma confissão de dívida e é regida pela Lei n.º 10.931, de 02/08/2004. Mencionado título extrajudicial foi criado com a intenção de facilitar a celebração de contratos de abertura de crédito, evitando-se a celebração de novos contratos a

¹⁵⁰ Recurso especial nº. 1.586.910-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, STJ, 4º T, j. 29.08.2017.

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, cit., t. LII, p. 51; COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*, 3º ed. São Paulo: Leud, 1999, cit., p. 97

¹⁵² Conforme decidido no AgRg-AgRgREsp n. 1.141.470-SP, 4ª Turma, STJ, j. 06.08.2015, Rel. Maria Isabel Gallotti e AgRg-AgRg-REsp n. 1.167.623-PB, 4ª Turma, STJ, j. 18.12.2014, Rel. Luis Felipe Salomão.

¹⁵³ O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.

cada novo valor disponibilizado. Trata-se de uma promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade e são emitidas em favor de instituições financeiras que concedem crédito, excluindo-se as companhias de seguro e capitalização, consórcios, sociedades que compram e vendem títulos de crédito.

A edição da súmula 233 do STJ que previa que o contrato de abertura de crédito rotativo, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não era título executivo foi contornada pela edição da Lei nº. 10.931/2004, em especial pela previsão do seu art. 28, § 2º, incisos I e II, que dispõe de forma expressa que a Cédula de Crédito Bancário, que envolve sempre uma garantia real, é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial.

A despeito de diversas controvérsias no âmbito judicial restou consolidado o entendimento de que a cédula de crédito bancário também constitui título executivo extrajudicial representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial.

O título de crédito deve estar acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à cédula, nos termos do art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando o art. 28 da lei 10.931/04, sedimentou entendimento de que a cédula de crédito bancário possui força de título executivo extrajudicial, ainda que se trate de crédito rotativo ou cheque especial, conforme se depreende dos seguintes julgados:

A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial.¹⁵⁴

1. A Lei n. 10.931/2004 estabelece que a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. 2. Para tanto, o título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal a relação de

¹⁵⁴ Resp 1.291.575/PR - Tema/Repetitivo 576, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/08/2013.

exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004). 3. No caso em julgamento, tendo sido afastada a tese de que, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário não possuiria força executiva, os autos devem retornar ao Tribunal a quo para a apreciação das demais questões suscitadas no recurso de apelação. 4. Recurso especial provido..¹⁵⁵

Portanto, mesmo que a cédula de crédito bancário envolva créditos oriundos de contrato de cheque especial ou de crédito rotativo será considerada título executivo extrajudicial, devendo no caso observar os requisitos previstos no art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004, fazendo-se acompanhar de extratos de conta corrente ou apresentação de planilha de cálculo para conferir liquidez e exequibilidade do título e do crédito perseguido.

Frise-se que o aval dado em cédulas de crédito bancário - títulos de créditos nominados típicos – não necessita da outorga conjugal, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵⁶

Verifica-se, assim, que a emissão da cédula de crédito com força executiva facilita eventual restituição do crédito por parte das instituições financeiras que poderão se valer da ação executiva em uma gama maior de operações bancárias, de modo que tal cenário torna o fornecimento do crédito menos burocrático e mais difundido, impactando de forma positiva na ordem econômica.

4.15 Atualização monetária e juros remuneratórios

A atualização monetária consiste na recomposição do valor real da moeda e incide no período de normalidade da obrigação que compreende a data da contratação e a data do vencimento da obrigação. Atualmente no Brasil não existe um único índice de atualização monetária, sendo permitido que cada setor meça seu índice de atualização que deve refletir a inflação do período, não podendo incluir juros remuneratórios em sua composição.

Os índices de atualização monetária permitidos são: DIEESE, IPC-FIPE, IGP-DI, IGP-M, INPC, IPCA, UFIR, IGP-10, URV, IPC-R (IBGE), TR e TJLP. Por outro lado, existem índices que, porque incluem em sua composição cálculos de juros remuneratórios, já tiveram sua incidência vedada pela jurisprudência do STJ, como é o caso dos índices TBF –

¹⁵⁵ Resp 1283621/MS, Rel. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 23/05/2012.

¹⁵⁶ AgInt Resp. 1.473.462/MG, rel.. Luis Felipe Salomão, STJ, 4ª T., j. 29.10.2018.

Taxa Básica Financeira, nos termos da Súmula 287/STJ¹⁵⁷ e ANBID, nos termos da Súmula 176/STJ¹⁵⁸.

No que se refere aos juros remuneratórios Luiz Antonio Scavonne Junior¹⁵⁹ os conceitua como: "o lucro, o rendimento de um determinado capital representado por bens fungíveis, principalmente o dinheiro". Já Arnaldo Rizzardo¹⁶⁰ resume dizendo que: "corresponde os juros aos rendimentos ou frutos do capital emprestado".

Os juros remuneratórios também denominados juros compensatórios consistem na remuneração do capital e podem ser cobrados tanto no período da normalidade como de anormalidade (inadimplência). Ressalte-se, no entanto, que se os juros remuneratórios forem cobrados no período da anormalidade seu valor deve ser equivalente ao previsto no contrato, ou seja, o banco não pode alterar a taxa previamente estabelecida, tampouco sua cobrança pode ser cumulada com a cobrança de comissão de permanência. Nesse sentido é o que dispõe a Súmula 296 do STJ:

Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

Nos contratos bancários em geral, como é o caso da cédula de crédito bancário – CDB, os juros remuneratórios não possuem limitação para sua cobrança, conforme dispõem as Súmulas 596/STF, 382/STJ e Súmula vinculante n.º 07, do STJ, respectivamente:

As disposições do Decreto 22.626/1933 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.

A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

¹⁵⁷ A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários.

¹⁵⁸ É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP.

¹⁵⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no direito privado brasileiro. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do O Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 533.

¹⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Juros no Código Civil de 2002*. Revista de Direito Bancário do mercado de capitais e da arbitragem 22/53 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

No que tange aos juros cobrados nas operações bancárias em geral, a jurisprudência se orienta no sentido de que as taxas dos juros remuneratórios cobradas pelas instituições financeiras não encontram limitação no ordenamento jurídico, também a partir da consideração de que o tema deve se submeter, em princípio, às regras da livre concorrência, e de que o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central, agentes reguladores da específica atividade em exame, chancelam as taxas médias cobradas nesse mercado. Nesse sentido, ensina Thélío Queiroz Faria¹⁶¹:

Pelo que se extrai da jurisprudência do STJ, juros abusivos são os que colocam o consumidor em desvantagem exagerada. E desvantagem exagerada, segundo o Código de Defesa do Consumidor, ocorre quando o contrato é excessivamente oneroso. Para os tribunais estaduais e no próprio STJ, juros abusivos são aqueles superiores à taxa média de mercado, taxa esta que, para certas espécies de contratos, é divulgada publicamente pelo Banco Central.

Assim, entende-se que a abusividade só pode ser reconhecida desde que se demonstre expressiva disparidade das taxas aplicadas em dada operação frente às contemporâneas taxas médias de mercado. Não raras vezes, no entanto, essa disparidade já foi alvo de reconhecimento judicial de abuso da cobrança dos juros remuneratórios incidentes em empréstimos contraídos pelo consumidor, admitindo-se assim a revisão da taxa de juros para o recálculo da dívida de acordo com a taxa média do mercado prevista para a operação equivalente, diante da caracterização da cobrança abusiva. Nesse sentido, podemos destacar a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶²:

1. Conforme jurisprudência pacífica do STJ, as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica cobrança abusiva; são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591, c/c o art. 406 do CC/2002; é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a cobrança abusiva (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto. 2. [...] (REsp 1.246.622/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 16/11/2011). 3. [...] 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Nas Cédulas de Crédito Industrial, Comercial, Exportação e Rural a cobrança dos juros moratórios deve ser limitada ao índice de 12% ao ano, em consonância com as Leis n.ºs

¹⁶¹ FARIAS, Thélío Queiroz. *Dos juros*. Leme/SP: Anhanguera Jurídica, 2011, pag. 57.

¹⁶² AgRg no REsp 1078412/RS, Rel. Raul Araújo, 4ªT-STJ, j. 04.12.2012.

8.929/04, Lei n.º 6.840/80, 6.313/75 e Decreto-Lei n.º 413/69, respectivamente. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

1. Firme nesta Corte o entendimento de que a cédula ou nota de crédito rural rege-se pelo Decreto-Lei n. 167/67, que prevê, em caso de inadimplemento, a incidência apenas de juros moratórios à taxa de 1% a.a. e de multa contratual. Assim, é ilegal a pactuação de qualquer outra taxa, comissão de permanência ou encargo, tendente a burlar o referido diploma legal (AgRg no Ag 1340324/PR, Rel. Ministro CESAR ASFORROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 17/03/2011).

2. (...) ¹⁶³

1.- (...)

2.- (...)

3.- Nas Cédulas de Crédito Rural, Industrial ou Comercial, conforme entendimento pacífico desta Corte, a instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, apenas a taxa de juros remuneratórios pactuada, elevada de 1% ao ano, a título de juros de mora, além de multa e correção monetária. Precedentes. Súmula n. 83/STJ.4.- Agravo Regimental improvido. ¹⁶⁴

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou a respeito, no Agravo de Instrumento n.º 242.244-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Melo, com os seguintes dizeres:

O Decreto-Lei 167/67, artigo 5º, posterior à Lei 4.595/64, específica para cédula de crédito rural, confere ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Ante a eventual omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista na Lei de Usura (Decreto n.º 22.626/33), não alcançando à cédula de crédito rural o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 596 do STF (Resp. n.º 111.881-RS). O artigo 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 167/67 permite que na cédula de crédito rural sejam fixados juros de mora, em caso de inadimplemento, equivalentes a até 1% ao ano, conforme jurisprudência pacífica da Corte.

Verifica-se, assim, que o fato de os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não se sujeitarem à limitação do Decreto n.º 22.626/33 não significa dizer que há carta branca para prática de cobrança de juros abusivos contra o consumidor, já que a análise da abusividade deve ser analisada levando em conta a taxa média de mercado cobrada pelas demais instituições financeiras, considerando as normas protetivas ao consumidor.

¹⁶³ AgRg no AREsp 689472, Rel. Luis Felipe Salomão, 4ªT-STJ, j. 18.06.2015.

¹⁶⁴ AgRg no AREsp 429548, Rel. Sidnei Beneti, 3ªT, STJ, j 05/08/2014.

4.16 Capitalização dos juros nos contratos bancários

A capitalização de juros vedada pelo Decreto n.º 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória n.º 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto o fato dos juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros. Sobre os juros capitalizados ensina Fabiano Jantália¹⁶⁵:

Os juros gerados no período antecedente são considerados como se integrados ao capital fossem, constituindo a base de cálculo dos juros que incidirão no período seguinte. Logo, é como se um novo capital se formasse a cada período de tempo, sobre o qual incidem os juros do período subsequente. Decorre precisamente daí a sua denominação de juros compostos.

Assim, nos contratos celebrados quando em vigor a Medida Provisória n.º 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000, reeditada sob n.º 2.170-36/2001 (art. 5º), é admissível que as instituições financeiras capitalizem juros com periodicidade inferior a um ano. Diante de inúmeras alegações de inconstitucionalidade da citada Medida Provisória, o Supremo Tribunal Federal¹⁶⁶ já decidiu pela sua constitucionalidade, ao menos quanto a sua urgência e relevância, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a

¹⁶⁵ JANTÁLIA, Fabiano. *Juros bancários*. São Paulo: Atlas, 2012, pag. 23.

¹⁶⁶ 592377/RS, RE, Rel.. Marco Aurélio p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 04.02.2015.

realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido.

O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar tal questão, sob o rito de recursos repetitivos, entendeu ser permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n.1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que pactuada de forma expressa. Foi ressaltado, ainda, que a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada:

1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros.

2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de "taxa de juros simples" e "taxa de juros compostos", métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n.1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada. - A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.¹⁶⁷

A esse respeito, aliás, foi editada a Súmula nº 539, do STJ, que prescreve:

É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.

¹⁶⁷ REsp 973.827 RS, Rel. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ p' acórdão a Minª. Maria Isabel Gallotti, DJe de 24.9.2012.

A Súmula 121 do STF não se aplica ao caso porque, embora proíba a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada pelas partes, foi editada em 1963, ou seja, quando a capitalização era terminantemente proibida, a não ser nas raríssimas hipóteses em que havia previsão legal. Ocorre que com a edição da Medida Provisória n.º 1.963-17/2000 a autorização legal passou a ser a regra e não mais a exceção, tornando assim ultrapassada referida súmula.

Anote-se que de acordo com a Súmula n.º 541 do STJ, a admissibilidade da capitalização dos juros pode ser aferida pelo confronto da taxa mensal e anual de juros estipulada no contrato, conforme se observa de sua ementa:

A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Assim, ainda que no contrato não haja cláusula expressa dispondo acerca da capitalização mensal, mas se o resultado da multiplicação da taxa efetiva de juros mensal prevista no contrato multiplicada por doze resultar em percentual inferior à taxa anual, a cobrança da capitalização caracterizar-se-á por regular, sendo admissível, segundo entendimento pacífico da jurisprudência acima destacada.

No entanto, ousamos discordar desse posicionamento, sob o fundamento de que a mera existência de discriminação da taxa mensal e da taxa anual de juros, sendo esta superior ao duodécuplo daquela, não caracteriza estipulação expressa de capitalização mensal, tendo em vista a ausência da transparência e clareza indispensáveis à compreensão do consumidor hipossuficiente, parte vulnerável na relação jurídica. A interpretação adotada pela Súmula 539 do STJ viola o princípio previsto no art. 6º, III, do CDC, que assegura ao consumidor o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Exige-se do fornecedor a transparência ativa, ou seja, aquela que o obriga a prestar as informações relevantes ao contratante, independentemente deste questionar ou não o contrato que está assinando. A ausência de informação precisa e clara ao consumidor não autoriza a produção de efeitos contrários a ele.

Conclui-se, assim, que o entendimento adotado na Súmula 539 do STJ não se coaduna com o ordenamento jurídico que protege o consumidor, já que viola expressamente o princípio da transparência previsto no art. 6º, III, do CDC.

Destaque-se que a capitalização mensal é proibida em casos de saldo líquidos mantidos em conta corrente simples, em que não incidem limite de cheque especial, bem como nos casos de contratos firmados anteriormente a 31.03.2000, ou seja, em data anterior a 1ª edição da Medida Provisória n.º 1.963-17, sendo, nestes casos, apenas permitida a incidência da capitalização anual.

4.17 Cobrança da comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios.

Primeiramente, cumpre observar que para as operações financeiras firmadas a partir de 01.09.2017, a cobrança da comissão de permanência não é mais permitida. Isso porque o Conselho Monetário Nacional, por meio do BACEN, em 23 de fevereiro de 2017, editou a Resolução n.º 4.558, que no seu artigo 6º expressamente prevê que “fica revogado, a partir de 1º de setembro de 2017, a Resolução n.º 1.129, de 15 de maio de 1986”, a qual em seu artigo primeiro facultava a essas instituições-integrantes do Sistema Financeiro Nacional—cobrar a “comissão de permanência”. Assim, as Súmulas 30, 294, 296 e em especial a Súmula 472, todas do STJ estão derrogadas, bem como superada a jurisprudência a respeito, pois a Resolução n.º 1.129/86, do BACEN, que facultava a cobrança da comissão de permanência está revogada.

No caso de atraso no pagamento ou na liquidação de obrigações, pelo artigo 1º da Resolução n.º 4.558/17, o BACEN resolveu permitir que essas instituições financeiras poderão cobrar de seus clientes, exclusivamente, os seguintes encargos: (i) juros remuneratórios, por dia de atraso, sobre a parcela vencida; (ii) multa, nos termos da legislação em vigor; e (iii) juros de mora, também nos termos da legislação em vigor.

Os juros remuneratórios devem ter a mesma taxa pactuada no título de crédito para o período de normalidade da operação (art. 2º da Res. 4.558/17), podendo ser capitalizados se expressamente previsto. A multa moratória, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) está limitada a 2% (art. 52, § 1º do CDC e súmula 285 do STJ). Os juros de mora podem ser cobrados em até 1% ao mês, limitados a 12% ao ano, nos termos do art.

406 do Código Civil, combinado com art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional (CTN) e Súmula 379 do STJ.

A despeito da proibição da incidência de comissão de permanência para contratos firmados após de 01.09.2017, existem inúmeros contratos que ainda são objeto de discussão judicial, razão pela qual entendemos relevante a análise de tal encargo.

A comissão de permanência corresponde a um encargo financeiro que surgiu com a Resolução nº. 15/1966 do Conselho Monetário Nacional, item XIV, e estava prevista na Resolução n. 1.129/1986 do CMN, item I, que tem por finalidade compensar o credor dos prejuízos decorrentes do inadimplemento do devedor em operações financeiras. De acordo com a referida Resolução, o Conselho Monetário Nacional resolveu:

I- Facultar aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, "comissão de permanência", que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento.

Entretanto, a mencionada Resolução vedou de forma expressa a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias pelo atraso no pagamento dos débitos, conforme seu item seguinte:

II -Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.

A comissão de permanência tinha como objetivo atualizar e remunerar a moeda, além de sancionar o devedor pela mora, compensando o credor pelo inadimplemento contratual, remunerando-o pela perda experimentada decorrente da obrigação inadimplida em seu termo, com juros moratórios, remuneração do capital, despesas administrativas, despesas com os riscos assumidos pelo financiamento, tratando-se, também, de prefixação das perdas e danos sofridos.

No entanto, o que se verificava na prática é que as instituições financeiras cobram a comissão de permanência de forma cumulativa com outros encargos decorrentes da mora de forma irregular, ou seja, cobrando em duplicidade encargos moratórios com outras denominações, mas que visam apenas à recomposição do prejuízo do credor em decorrência

do atraso do devedor, função esta que a comissão de permanência já possui, o que viola o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

A cobrança de forma cumulada de comissão de permanência e encargos moratórios foi objeto de decisões pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou quatro enunciados de súmulas a respeito:

SÚMULA 30: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

SÚMULA 294: Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

SÚMULA 296: Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

SÚMULA 472: A cobrança de comissão de permanência-cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.

A súmula 30 reconheceu que a comissão de permanência é composta de uma parcela referente à recomposição do valor da moeda e que a correção monetária somente era legalmente prevista para as obrigações exigidas em juízo (Lei n. 6.899/1981).

O julgamento do REsp. n. 271.214/RS resultou na edição das súmulas 294 e 296 em que se dediciu:

A comissão de permanência, para o período de inadimplência, é cabível, não cumulada com a correção monetária, nos termos da Súmula nº30 da Corte, nem com juros remuneratórios, calculada pela taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, não podendo ultrapassar a taxa do contrato.

No voto acima citado, o ministro Menezes Direito mencionou o ensinamento de Munir Karan quanto à natureza da comissão de permanência:

(...) Outro encargo decorrente da mora é a comissão de permanência. O que é a comissão de permanência? É a SOMATÓRIA (o total) dos ônus a cargo do devedor MOROSO, visando compensar o credor dos prejuízos com o atraso. Na lição de BARROS LEÃES: Diz ela respeito à obrigação do devedor em mora sujeitar-se a um acréscimo sobre os dias de atraso, ou seja, sobre o período em que o título permanece sem ser liquidado após o seu vencimento, nas mesmas bases proporcionais de juros, correção monetária e encargos cobrados na operação primitiva, para que também permaneça imutável o rendimento produzido pelo capital investido. Muito se discute sobre a estrutura da comissão

de permanência. Não se trata de uma discussão apenas retórica, porque do seu entendimento defluem importantíssimos efeitos. Essa criação nativa, no dizer de WALDÍRIO BULGARELLI, teria cunho apenas COMPENSATÓRIO, sendo justificada a sua instituição para garantir o credor, em época de inflação elevada, contra os prejuízos causados pela mora do devedor, daí constituir um verdadeiro prolongamento das condições contratuais até o seu efetivo cumprimento. E por que o Conselho Monetário Nacional, pela Resolução nº 1.129, instituiu a comissão de permanência? É porque não existe nenhuma outra norma autorizando o credor a cobrar a correção, após o vencimento do título, exceto os juros moratórios. A correção, nos títulos de crédito, só é permitida nas vias judiciais (e não extrajudiciais), nos termos da Lei nº 6.899. É por isso que, nos pagamentos feitos no Cartório de Protesto, veda-se a correção monetária. Entendemos porém duvidoso o caráter COMPENSATÓRIO da comissão de permanência. Como se sabe, a cláusula penal compensatória visa ao inadimplemento completo da obrigação. Neste caso, tem o credor a faculdade de exigir ou a prestação em espécie, ou o pagamento da pena (art. 918, do CC). Ora, como se sabe, a comissão de permanência é acrescida ao valor do débito principal. Ela é exigida cumulativamente com o cumprimento da obrigação principal. (Da Mora do Devedor nos Contratos Bancários, in Jurisprudência Brasileira, 1989, vol. 149, pág. 16).

Assim, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado, para os contratos firmados até 01.09.2017, em caso de inadimplência, optando a instituição financeira por cobrar encargos sobre o valor em atraso, estes não poderão ser cumulados com juros moratórios, multa contratual, juros remuneratórios e despesas de cobrança. Por conseguinte, caberá a cobrança dos referidos encargos, em período de inadimplência, com exclusividade, não podendo superar a somatória dos juros remuneratórios e moratórios contratados, mais multa contratual. Nesse sentido, confira-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁶⁸:

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - Encargo disfarçado de 'Taxa de Remuneração' - Vedação à cobrança cumulada que subsiste por natureza da cobrança, independentemente da nomenclatura adotada pela instituição financeira - Precedentes deste Tribunal envolvendo a mesma casa bancária. SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE

Cumprido observar que nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial não se admite a incidência de comissão de permanência, nos termos da súmula 93 do STJ que apenas autoriza a cobrança de capitalização de juros. Em caso de mora para tais contratos, os juros

¹⁶⁸ Apelação 0032752-68.2013.8.26.0196, 37ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Relator designado Sergio Gomes, j. 5.8.14.

moratórios constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano, nos termos dos Decretos-Lei n.º 167/67, artigo 5º, parágrafo único e n.º 413/69, art. 5º, parágrafo único.

Com a edição da Resolução nº 4.558, de 23.02.2017 que vedou a cobrança da comissão de permanência, os contratos bancários firmados após 01.09.2017, no caso de atraso no pagamento ou em caso de liquidação das obrigações, é permitida exclusivamente a incidência de: *a)* juros remuneratórios, por dia de atraso, sobre a parcela vencida – na mesma taxa pactuada no título para o período de normalidade, podendo ser capitalizados, se expressamente previsto (art. 2º da Res. 4.558/17); *b)* multa, nos termos da legislação em vigor – incidindo o CDC, limitada a 2% (art. 52, §1º, do CDC e Súmula 285, STJ); *c)* juros de mora de até 1% ao mês, limitados a 12% ao ano, nos termos do art. 406, CC c.c. art. 161, §1º, CTN e Súmula 379, STJ; e *d)* atualização monetária: art. 3º, in fine, Res. 4.558/17: sem prejuízo do disposto no art. 395, do Código Civil.

A composição da comissão de permanência, em razão da sua complexidade, que tinha como objetivo atualizar e remunerar a moeda além de sancionar o devedor pela mora, caracteriza-se pela cobrança de uma parcela complexiva, não traduzindo a transparência esperada pelo consumidor e exigida pelo art. 6º, III, do CDC, de modo que a vedação de sua cobrança, a nosso ver, prestigia a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, V, da Constituição Federal.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL SEGUNDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – UNIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil das instituições financeiras é relevante para o estudo do princípio da defesa do consumidor na ordem econômica, sobretudo porque não se pode olvidar que os custos da responsabilidade dos bancos com relação ao reconhecimento dos danos causados aos consumidores, assim como ocorre com a inadimplência dos correntistas, são internalizados nas relações bancárias o que impacta, sem dúvida, na econômica do país, daí porque justifico a inserção desse tema no presente trabalho.

O Código de Defesa do Consumidor unificou o tratamento da responsabilidade, pois ao contrário do que ocorre no Código Civil, as regras consumeristas não fazem distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, em termos de análise da culpa, bem como não trata de forma diferente os termos iniciais de juros de mora, conforme se verifica da

Súmula 54 do STJ e do art. 398 do Código Civil, que tratam de responsabilidade extracontratual:

Súmula 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

No Código Civil incide para o ilícito contratual os juros de mora contados da data da citação, nos termos do art. 406 do CC., aplicando-se correção monetária a partir da data do efetivo prejuízo, conforme preceituam as súmulas 43 e 83, ambas do STJ.

No entanto, no Código de Defesa do Consumidor, tais diferenças são irrelevantes, pois ele adotou a teoria unitária. Assim, para fins de responsabilização, é indiferente saber se existe relação direta com o fornecedor, já que o CDC, em seus artigos 17 e 29, equipara a consumidor todas as pessoas que foram vítimas de um fato do produto ou serviço. Para fins de indenização também não há nenhuma diferença entre o consumidor *bystander* e o *standart* com relação a juros, correção monetária, reparação integral ou análise da culpa. O grau de proteção garantido pelo CDC é exatamente o mesmo para o consumidor *bystander* e o *standart*, importando apenas a existência de relação jurídica de consumo.

A regra geral do CDC, por fato do produto ou serviço, é a responsabilidade objetiva, em que não se discute culpa do fornecedor ou seus prepostos e solidária, já que todos os entes da relação jurídica respondem solidariamente - incluindo os fornecedores de produtos e serviços -, sendo aplicada a teoria do risco proveito. Conforme tal teoria, a empresa que coloca um produto no mercado com intenção de lucro ou coloca um produto no mercado com habitualidade, responde pelo risco da atividade desenvolvida, vigorando no caso a máxima do “quem quer o bônus, arca com o ônus”.

Entretanto, o mencionado códex prevê duas exceções expressas à regra geral da responsabilidade objetiva e solidária: a primeira se refere aos comerciantes, conforme o art. 13, que prevê que em alguns casos ele responderá pelo fato do produto; e a segunda trata dos profissionais liberais, em consonância com o art. 14, § 4º, que dispõe que, em regra, eles não respondem de forma objetiva, mas sim subjetiva.

O enfoque sobre a responsabilidade, em especial com relação às instituições financeiras gera, ainda que de forma indireta, impacto na economia. Isso porque as condenações suportadas pelos bancos em razão da responsabilidade civil serão contabilizadas nos custos do serviço e repassados ao consumidor.

5.1 Responsabilidade pelo fato do produto ou serviço

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço encontra-se tipificada nos artigos 12 a 17 do CDC, e tem por finalidade preservar a segurança do produto ou serviço que está sendo colocado no mercado de consumo.

O dano decorrente do fato do produto ou serviço extrapola o produto/serviço, não se confundindo com o vício. O fato do produto ou serviço diz respeito à segurança, tratando-se de um acidente de consumo, já o vício diz respeito a uma inadequação, frustração do produto, que não funciona conforme o esperado. O fato extrapola a mera inadequação, estando, por isso, diretamente relacionado com a incolumidade físico-psíquica do consumidor e proteção da saúde e segurança do consumidor. A empresa que coloca um produto no mercado de consumo responde pela segurança daquele produto.

O fato do produto ou serviço tem origem nos artigos 1º, 6º e 9º da Diretiva 85/374 da comunidade Europeia que traz conceitos do fato do produto, conforme se extrai da mencionada norma que dispõe que: “Defeito é a ocorrência que venha a causar dano (lesão corporal, morte, destruição, etc) que extrapole a esfera do produto.”

Assim, tem-se o defeito e o vício. Este é a inadequação técnica limitada ao produto, no defeito o dano extrapola o produto. No fato do produto há um reflexo externo do vício do produto ou serviço que atinge o patrimônio ou a integridade física e psíquica do consumidor ou de terceiro. Note-se que o artigo 12 traz o termo "defeito", e não "vício":

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

Observa-se que a noção de defeito trazida no parágrafo primeiro é a mesma da Diretiva 85/374. O parágrafo segundo do referido artigo exclui a possibilidade de caracterização de dano pelo simples fato de outro produto de melhor qualidade ter sido

colocado em circulação no mercado. Assim, caso o consumidor compre um carro e no ano seguinte sobrevenha alteração no modelo não há que se falar em defeito nesse caso:

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

A responsabilidade pelo fato do produto é o que se denomina responsabilidade objetiva, fundada na teoria do "risco do empreendimento", segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade de fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independente de culpa.

Trata-se, pois, de obrigação inerente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança decorrendo a responsabilidade do simples fato de dispor-se alguém a tal atividade. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor de produtos e serviços e não do consumidor. Se, posteriormente, o fornecedor descobre um defeito, deve retirar o produto do mercado ou propiciar sanar o defeito, com vistas a manter a segurança do produto.

É importante destacar que o fabricante não responde sempre pelo risco integral, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor prevê em seu art. 12, § 3º três excludentes da responsabilidade:

Art. 12 (...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Como exemplo da exclusão da responsabilidade do fornecedor podemos citar os produtos falsificados e que não foram produzidos pelo dono da marca que consta no produto.

No inciso II ocorre a inversão do ônus da prova pela própria letra da lei, pois, quem tem que comprovar que o produto não tem defeito é o próprio fornecedor. E no inciso III também cabe ao fornecedor comprovar a culpa exclusiva. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o ônus da prova das excludentes é do fornecedor:

O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, §3º do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, §3º, também do CDC.¹⁶⁹

Assim, verifica-se que o tema da responsabilidade perpassa e impacta as instituições financeiras bem como diversos ramos da economia, daí a importância de sua análise.

5.2 Diferenciação entre fortuito interno e externo

No caso de fortuito interno, o acontecimento se relaciona com a atividade ou pessoa do devedor, com o risco do negócio, há uma conexão entre a atividade desenvolvida e o ato danoso, portanto, não há como utilizar a excludente de responsabilidade. A Súmula 130 do STJ estabelece a regra nesse contexto, pois ao ofertar o estacionamento, presume-se que a empresa vai fornecer a segurança. É o caso de ocorrências de furto em estacionamento ou furto no saguão da agência bancária.

Já no fortuito externo, o fato é totalmente estranho à atividade desempenhada. É o que ocorre, por exemplo, em caso de roubo na calçada de estabelecimento bancário e desde que a situação não tenha relação com a atividade do banco. Portanto, a excludente de responsabilidade só se caracterizará no fortuito externo. Sobre a diferença entre caso fortuito externo e interno ensina Rizzatto Nunes¹⁷⁰:

A hipótese retratada no Código Civil é a do chamado caso fortuito externo, isto é, do elemento exterior ao próprio risco específico da atividade do prestador do serviço de transporte.

Reforçamos que o risco da atividade implica obrigação imposta ao empresário para que ele faça um cálculo, da melhor forma possível, das várias possibilidades de ocorrências que possam afetar seu negócio. Certos fatos, necessariamente implicam agravamento do risco em função de sua latente possibilidade de ocorrência e, por isso uma vez ocorrendo, não excluem o dever de indenizar.

Examine-se outro exemplo para reforçar esse aspecto: o caso das ocorrências da natureza, tais como tempestades e nevoeiros, no caso do transportador aéreo. Ainda que o transporte aéreo seja afetado por esse tipo de evento climático, o transportador não pode se escusar de indenizar os passageiros que sofreram danos, porque o fenômeno – que, aliás, ocorre constantemente – é integrante típico do risco daquele negócio (o exemplo é, portanto, de caso fortuito interno, que examinaremos na sequência).

Quando se trata de fortuito externo, está se fazendo referência a um evento, caso fortuito ou força maior, que não tem como fazer parte da previsão pelo empresário da determinação do seu risco profissional.

¹⁶⁹ REsp 685662/RJ, rel. Nancy Andrighi, 3ª T-STJ, j. 10.11.2005.

¹⁷⁰ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, versão digital.

E é do fortuito externo que, repita-se, cuida o art. 734 do Código Civil. Como exemplo desse tipo de excludente podemos citar a erupção de um vulcão, porque não pode ser previsto. O mesmo se dá em caso de terremoto ou maremoto (ou, como se diz modernamente, tsunami).

Por outro lado, como o Código de Defesa do Consumidor não prevê como hipóteses de quebra do nexo de causalidade a força maior e o caso fortuito, certamente os está afastando quando os mesmos dizem respeito aos elementos intrínsecos ao risco da atividade, ou seja, o fortuito interno. Portanto, tanto o CDC quanto o Código Civil mantêm o nexo de causalidade e a responsabilidade objetiva do transportador toda vez que o dano for ocasionado por força maior e caso fortuito interno.

Entenda-se bem. A força maior e o caso fortuito interno, é verdade, não podem ser antecipados (apesar de possível de serem previstos no cálculo). Todavia, não elidem a responsabilidade do fornecedor. Veja-se este exemplo ligado à prestação de serviço de transporte: o motorista do ônibus sofre um ataque cardíaco e, com isso, gera um acidente. Apesar de fortuito e inevitável, por fazerem parte do próprio risco da atividade, não eliminam o devedor do fornecedor de indenizar.

O comerciante também responde de forma igual ao fornecedor, não havendo isenção da responsabilidade deste. Esta responsabilidade é direta e solidária, ou seja, o consumidor não precisa acionar primeiro aqueles indicados no art. 12, tendo em vista que o art. 13 expressamente prevê que o comerciante é igualmente responsável:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III- não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

O comerciante responde direta e solidariamente pelo produto anônimo em que não se pode identificar o fabricante, como exemplo o caso dos produtos falsificados; pelo produto mal identificado, que tem as informações, mas não é possível a leitura ou verificação da origem; e produtos perecíveis em que a conservação é inerente à atividade do comerciante.

Importante ressaltar que esta responsabilidade não isenta o fabricante, mas ambos respondem. O fabricante responde por produto vencido colocado em circulação no mercado pelo fornecedor, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça¹⁷¹:

Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. "Arrozina Tradicional" vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes

¹⁷¹ REsp 980860/SP, Rel^a. Nancy Andrighi, 3^aT-STJ, j. 23.04.2009.

gastroenterite aguda. Vício de segurança. Responsabilidade do fabricante. Possibilidade. Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro. - Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no art. 12 do CDC - O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. - A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante. Recurso especial não provido.

Percebe-se, assim, que não há diferença entre a responsabilidade do fornecedor e do fabricante, apesar de, no caso concreto, em análise, ser responsabilidade do comerciante conservar o produto.

O art. 13, parágrafo único, do CDC veda a denunciação da lide e não permite que o comerciante que foi acionado pelo consumidor denuncie a lide ao fabricante, que deverá se valer de ação autônoma para tanto. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁷²:

A vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidente de consumo. (arts. 12 e 14 do CDC).

Assim, verifica-se que o art. 88 do CDC que veda a denunciação à lide não se restringe à responsabilidade do comerciante por fato do produto, mas aplica-se também às demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo, de modo que o acionado judicialmente poderá exercer seu direito de regresso, mas não de denunciação à lide.

5.3 Responsabilidade por vício do produto ou serviço

O vício do produto ou serviço diz respeito a uma inadequação intrínseca do produto ou do serviço, um vício de qualidade ou de quantidade, uma inadequação técnica que torna o produto inadequado ao consumo.

¹⁷² AgRg no AREsp 619161/PR, Rel. Luis Felipe Salomão, 4ªT-STJ, j. 07.04.2015.

O produto ou o serviço que contém vício torna-se impróprio para o consumo porque (i) tem o seu valor diminuído, (ii) possui uma falha de informação ou (iii) causa frustração à expectativa do consumidor que o adquiriu.

A responsabilidade pelo vício do produto ou serviço está prevista nos arts. 18 a 25 do Código de Defesa do Consumidor e é caracterizada por produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo, que lhe diminuam o valor ou que contém falha de informação.

O art. 18 do CDC dispõe sobre a responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores - que é a regra geral adotada pelo Código, sendo expressas eventuais ressalvas.

Nas hipóteses em que a responsabilidade for subjetiva ou que não houver solidariedade entre todos os fornecedores da cadeia de consumo, o CDC expressamente assim determinará.

Diferentemente do que ocorre na responsabilidade do fato do produto ou do serviço, em que existem hipóteses de responsabilidade subsidiária do comerciante, em caso do vício não há essa diferenciação. Ademais, é irrelevante se o fornecedor tinha ou não conhecimento prévio acerca do vício que tornou o produto inadequado: a partir do momento em que se coloca o produto ou serviço no mercado de consumo, deve existir certeza das suas características e da sua adequação técnica ou funcional.

Em seu §1º, o art. 18 do CDC dispõe que, não sendo sanado o vício no prazo de trinta dias, poderá o consumidor requerer a substituição do produto, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional no preço.

O prazo de trinta dias para que o fornecedor sane o vício corresponde a direito subjetivo do fornecedor de que, constatado o vício, terá trinta dias para reparar o produto ou refazer o serviço. As alternativas constantes nos incisos I a III somente se colocam à disposição do consumidor se o vício não for sanado em trinta dias. O desrespeito a esse prazo caracteriza abuso de direito por parte do fornecedor e ofensa à boa-fé contratual e ao dever de cooperação, com vistas à preservação da segurança jurídica.

Em caso de vício do produto ou serviço, frise-se que deve haver provocação do consumidor no prazo de trinta dias, sob pena de perda do direito. Ademais, apenas após o trintídio do art. 18, §1º, do CDC ou a negativa do conserto abre-se ao consumidor as hipóteses de redibição do contrato (devolução do produto e do dinheiro pago), abatimento do preço pago ou a substituição do produto, com a possibilidade de troca por outro de maior qualidade, mediante o pagamento da diferença. A reclamação deve ser feita no prazo do art. 26 do CDC,

isto é, em trinta ou em noventa dias, a depender da durabilidade do produto ou serviço. Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça¹⁷³:

Não tem direito à reparação de perdas e danos decorrentes do vício do produto o consumidor que, no prazo decadencial, não provocou o fornecedor para que este pudesse sanar o vício. Os vícios de qualidade por inadequação dão ensejo, primeiro, ao direito do fornecedor ou equiparado a corrigir o vício manifestado, mantendo-se íntegro o contrato firmado entre as partes. Apenas após o prazo trintídio do art. 18, §1º, do CDC ou a negativa de conserto, abre-se ao consumidor a opção entre três alternativas: a) a redibição do contrato; b) o abatimento do preço; ou c) a substituição do produto, ressalvada em qualquer hipótese a pretensão de reparação de perdas e danos decorrentes. A escolha quanto a alguma das soluções elencadas pela lei consumerista deve ser exercida no prazo decadencial do art. 26 do CDC, contado, por sua vez, após o transcurso do prazo trintídio para conserto do bem pelo fornecedor.

(...)

Diferente é a hipótese em que não foi demonstrada a realização da notificação do fornecedor dentro do prazo decadencial. Desse modo, não se constituiu o direito à reparação civil, de forma que não há que se discutir qual seria o prazo prescricional aplicável, se o civil (art. 206, § 3º, V, do CC) ou o consumerista (art. 27 do CDC). Entender de modo diverso seria admitir que, transcorrido o prazo decadencial, o adquirente lançasse mão de instrumento diverso para, ao fim e ao cabo, atingir o mesmo objetivo perdido exclusivamente em razão de sua desídia. Noutros termos, seria desnaturar a garantia desenhada por lei que, embora destinada precipuamente à proteção do adquirente e, em especial, do consumidor, não perde o caráter geral de garantir previsibilidade e segurança às relações jurídicas, resguardando expectativas mútuas legítimas.

A proteção do adquirente deve resguardar as suas legítimas expectativas, ao mesmo tempo em que o fornecedor tem a legítima expectativa de que disporá de prazo para sanar o vício do produto ou do serviço.

Considerada abusiva foi a exigência para que o consumidor levasse o produto na assistência técnica ao invés de ele se dirigir diretamente à loja para efetuar o reparado do produto viciado. Consoante o julgamento abaixo transcrito o STJ¹⁷⁴ entendeu que é o consumidor quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias – levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante -, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém:

1. (...)

¹⁷³ REsp 1.520.500-SP, Rel. Marco Aurélio Bellizze, 3ªT-STJ, j. 27.10.2015.

¹⁷⁴ REsp 1634851/RJ, Rel. Nancy Andrighi, 3ªT-STJ, j. 12.09.2017.

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado - ou, ao menos, atenuado - se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. 6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC).

7. Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele - consumidor - quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias - levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante -, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém.

8. Recurso especial desprovido.

Portanto, consoante decidiu o STJ, não há a obrigatoriedade de que o consumidor leve o produto à assistência técnica, ainda que existente no Município em que adquirido o produto. Tal entendimento partilha da lógica de que o ônus da atividade empresarial não pode ser transferido ao consumidor, que, além de ser por vezes o elo mais fraco da cadeia de consumo, não foi responsável pela inadequação.

Para reforçar o exemplo, destacamos o entendimento adotado pelo STJ no julgado abaixo que orienta que a concessionária e o fabricante de veículos respondem solidariamente pelos vícios do produto vendido¹⁷⁵:

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a responsabilidade entre a concessionária e a fabricante de veículos por defeitos no automóvel - vício do produto - é solidária. Precedentes.

3. Na hipótese, os magistrados da instância ordinária decidiram em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, circunstância que atrai a incidência da Súmula nº 568/STJ.

4. Agravo interno não provido.

¹⁷⁵ AgInt no AREsp 1161583/MS, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª-T, j. 14.08.2018.

Desse modo, não pode arguir a concessionária que a sanção do vício do veículo financiado incumbe ao fabricante, notadamente porque ocupa posição intermediária entre ele e o consumidor na cadeia de consumo. A responsabilidade compete a ambos, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁶:

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, **a responsabilidade do fornecedor e do fabricante, nos casos em que comprovado o vício do produto, é solidária.** Precedentes. 2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a modificação do valor da indenização por danos morais somente é permitida quando a quantia estipulada for irrisória ou exagerada, o que não se configura na presente hipótese. 3. O dissídio jurisprudencial não foi demonstrado, pois a parte agravante não comprovou as similitudes fáticas e divergências decisórias entre os casos confrontados.
4. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei)

Ademais, é cabível indenização por danos morais no caso de frustração na aquisição de veículo novo, quando para sanar o defeito o fornecedor excede o razoável. Trata-se da hipótese em que o consumidor necessita retornar à concessionária por diversas vezes para promover o reparo dos defeitos apresentados pelo veículo adquirido. Nesse sentido, pertinente destacar o seguinte julgado¹⁷⁷:

1. A constatação de defeito em veículo zero-quilômetro revela hipótese de vício do produto e impõe a responsabilização solidária da concessionária (fornecedor) e do fabricante, conforme preceitua o art. 18, caput, do CDC (REsp 611.872/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 23/10/2012).
2. **O defeito apresentado em veículo novo, quando excede o razoável, configura hipótese de cabimento de indenização por dano moral. Precedentes.**
3. Não é possível conhecer do recurso especial no tocante ao pedido de redução do valor indenizatório em face do óbice da Súmula 7/STJ.
4. Deve ser mantida a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, quando os aclaratórios opostos na origem tem intuito exclusivamente protelatórios. Precedentes do STJ.
5. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei)

Ressalte-se, no entanto, que não basta a simples inadequação para que haja direito à reparação por dano moral, tendo em vista que a mera frustração na execução do contrato não gera danos morais. Os danos morais se configurariam quando o consumidor, em um prazo

¹⁷⁶ AgRg no AREsp 661.420/ES, Rel. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 26.05.2015.

¹⁷⁷ AgRg no AREsp 692.459/SC, Rel. Luis Felipe Salomão, 4ª T., STJ, j. 16.06.2015.

exíguo de tempo, deve ir reiteradas vezes à concessionária e fica privado de usufruir o bem adquirido. Nessa situação, o STJ entende que não há mera quebra da expectativa legítima ou descumprimento contratual, mas ofensa aos direitos da personalidade, caracterizando dano moral passível de reparação.

O vício de qualidade e o vício de quantidade do serviço são tratados pelos artigos 18 a 20 do CDC, cujas situações são muito semelhantes. O art. 18 do CDC determina que o consumidor poderá obter a substituição do produto por outro de outra espécie, desde que complemente o valor do produto. Quanto ao produto *in natura*, não havendo como identificar sua origem, haverá responsabilidade do fornecedor imediato do produto.

Note-se que no caso de produto agrícola ou pastoril, a responsabilidade continua a ser solidária, pois poderão ser responsabilizados tanto o fornecedor originário quanto o fornecedor imediato. Não há isenção de responsabilidade de qualquer deles, assim, o consumidor poderá acionar ambos.

O art. 19 do CDC, por sua vez, dispõe sobre os vícios de quantidade do produto, determinando que o consumidor poderá obter o abatimento do preço, complementação do peso, substituição por outro, restituição da quantia paga - isto é, as mesmas hipóteses do art. 18 do CDC, com a diferença de que, no caso, não se trata de vício de qualidade.

Faz-se importante atentarmos a duas exceções: (i) diferentemente do que ocorre no art. 18, na hipótese do art. 19 do CDC, a solução deve ser imediata, de forma que o consumidor não precisa aguardar trinta dias - afinal, sendo de quantidade o vício, torna-se inadequada a imposição de espera para sanar vício que independe de troca de peça ou de conserto; e, (ii) consoante §2º do art. 19 do CDC, no caso em que o produto é pesado na frente do consumidor, a responsabilidade por eventuais vícios de quantidade é do fornecedor imediato, porquanto concernente ao mecanismo de pesagem. Trata-se de uma hipótese de exceção expressa à regra da responsabilidade solidária, não sendo o produtor agrícola responsabilizado.

O art. 20 do CDC, por fim, versa sobre vício de qualidade de serviço, na mesma tônica do art. 18: oferta ao consumidor a reexecução dos serviços, a restituição da quantia paga e o abatimento proporcional do preço. À semelhança do que ocorre no art. 19 do mesmo diploma normativo, não há exigência de espera de trinta dias para a sanção do vício.

Pontua-se que o §2º do art. 20 do CDC conceitua a impropriedade do serviço, dispondo acerca da inadequação às normas ou regras de segurança do consumidor.

Assim, ainda que os artigos 19 e 20 do CDC prevejam acerca de situações paralelas às previstas no art. 18 do mesmo diploma normativo, estas não exigem do consumidor que aguarde o decurso do já mencionado prazo de trinta dias. Nesses casos, o consumidor terá direito à imediata resolução do vício.

5.4 Responsabilidade civil das instituições financeiras

A relação havida entre os correntistas e as instituições financeiras, como já ressaltado, é de consumo e, por isso, os conflitos decorrentes de eventual responsabilidade civil devem ser resolvidos à luz dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

A regra geral adotada pelo Código Civil para que se configure a obrigação de indenizar é que estejam presentes os seus três requisitos ensejadores, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita.

Nesse sentido, de se notar que as normas previstas no CDC aplicam-se às instituições financeiras conforme a já citada Súmula n.º 297 do STJ. Portanto, a responsabilidade dos bancos, pelos danos causados aos seus clientes, é objetiva, isto é, independentemente da existência de ato culposos, conforme dispõe o art. 14, caput, do CDC. Assim, a responsabilidade das instituições financeiras prescinde de culpa, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade.

Em relação ao nexo de causalidade, o próprio CDC estabelece no inciso II, do § 3º, do art. 14, do CDC, determinadas situações aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano causado ao consumidor, quais sejam: a culpa exclusiva do consumidor ou a culpa de terceiro. O dispositivo mencionado estabelece, portanto, que não há necessidade da prova de culpa do banco, mas a do dano, uma vez que ali se adotou claramente a teoria da responsabilidade pelos danos causados pelo fato do serviço.

O ônus da prova das excludentes da responsabilidade pelos serviços prestados, previsto no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC. Nesse sentido, confira-se entendimento adotado pelo STJ¹⁷⁸ atribuindo o ônus da prova à instituição financeira em caso de roubo de talão de cheques:

¹⁷⁸ REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T-STJ, j. 05.12.2005.

Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível.

- O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso fortuito interno.

- Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade.

- O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC.

A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*), quando a comprovação de um fato, que normalmente seria encargo de uma parte é atribuída, pela própria lei, à outra.

No caso da responsabilidade civil por acidentes de consumo, o legislador atribuiu expressamente ao fornecedor o ônus de comprovar todas as causas de exclusão da responsabilidade, que foram elencadas pelos arts. 12 e 14, em seus respectivos §§3º, do CDC.

A distribuição do encargo probatório nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou de não-colocação do produto no mercado acompanhou o sistema tradicional estabelecido pelo art. 373, II, do Código de Processo Civil. O legislador, todavia, atribuiu também ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou do serviço. Normalmente, o defeito como fato constitutivo do direito do demandado, deveria ser demonstrado pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória. No entanto, o CDC, em seu art. 12, §3º, II, e em seu art. 14, §3º, I, é expresso em dizer que compete ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito no produto ou no serviço. Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei é o que se denomina de inversão *ope legis* do ônus da prova.

5.5 Fraude com o cartão de crédito

A indigitada fraude com o cartão de crédito, que infelizmente ainda faz muitas vítimas nos dias atuais, consiste no fato do correntista receber uma ligação, supostamente originada da instituição financeira (farsários muito bem treinados) que na maioria das vezes têm acesso a dados pessoais dos correntistas, focam em pessoas idosas ou que estejam em situação de fragilidade.

O fraudador se identifica dizendo que está a serviço do banco e com precisão relata os dados da conta bancária, perguntando se o consumidor confirma uma compra que inexistente, levando o correntista a se convencer de que realmente se trata de um funcionário da instituição. Assim, o fraudador pede para que o correntista/consumidor entregue o cartão e a senha para o portador que está sendo encaminhado ao seu endereço – “motoboy” – e o cliente do banco acaba sendo lesado pelos fraudadores. Diante desse quadro, a polêmica enfrentada pelos Tribunais está em saber se ao caso se aplica ou não o inciso II, do § 3º, do art. 14 do CDC.

A questão que se coloca é saber se a instituição financeira tem responsabilidade pelos prejuízos ocasionados pelo fraudador, já que ele tinha em seu poder os dados do correntista. Por outro lado, questiona-se que se o correntista entregou a senha e o cartão para o fraudador ele vulnerabilizou a própria instituição financeira que, nesse caso, não tinha meios para poder evitar a fraude. O caso impõe tormentosa solução para o julgador, que soluciona a questão de acordo com o detalhe da prova produzida nos autos.

Por vezes, a fraude tem como fator determinante a falha do banco em manter sigilo sobre informações pessoais e bancárias de seus clientes. Dessa forma, não há se falar em culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, inclusive porque às vezes as compras impugnadas são realizadas com o cartão da vítima em curto intervalo de tempo, em valores elevados e em estabelecimentos diferentes do que o correntista está acostumado. Nesses casos, adota-se o entendimento de ser incumbência da instituição financeira a verificação da regularidade das operações, sobretudo quando fogem ao padrão de gastos do titular.

Entende-se que ao disponibilizar serviços desprovidos da segurança necessária, o banco assume o risco profissional, devendo responder pela falha, omissão ou mau funcionamento do serviço que oferece. Nesses casos, assim, não há como se afastar a responsabilidade da instituição financeira, a qual, aliás, se encaixa exatamente no enunciado da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Constitui excludente de responsabilidade das instituições financeiras, relativamente a danos ocorridos com seus clientes, a configuração de caso fortuito externo, ou seja, fato exclusivo de terceiro, inteiramente estranho aos riscos da prestação de serviços bancários, sem

nenhuma relação com a atividade prestada, nem com a organização da prestadora do serviço. Com relação a esse tema ensina Sergio Cavalieri Filho¹⁷⁹:

“Os modernos civilistas, tendo em vista a presunção de responsabilidade do transportador, dividem o caso fortuito em interno e externo. Entende-se por fortuito interno o fato imprevisível, e, por isso, inevitável, que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo transportador. O estouro de um pneu do ônibus, o incêndio do veículo, o mal súbito do motorista etc. são exemplos do fortuito interno, por isso que, não obstante acontecimento imprevisíveis, estão ligados à organização do negócio explorado pelo transportador. A empresa noticiou, faz algum tempo, que o comandante de um Boeing, em pleno voo, sofreu um enfarte fulminante e morreu. Felizmente, o copiloto assumiu o comando e conseguiu levar o avião são e salvo ao seu destino. Eis, aí, um típico caso de fortuito interno. O fortuito externo é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio. É o fato que não guarda nenhuma ligação com a empresa, como fenômenos da natureza, tempestades, enchentes etc. Duas são, portanto, as características do fortuito externo: autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade, razão pela qual alguns autores o denominam de força maior.”

Assim, as instituições financeiras somente terão sua responsabilidade civil afastada caso reste comprovado que os danos causados aos consumidores decorreram de caso fortuito externo. Trata-se, portanto, de uma questão exclusivamente probatória para que o julgador alcance a solução da demanda. As instituições financeiras devem se cercar de um arcabouço probatório para que seja comprovada em Juízo que sua atuação não contribuiu para o evento danoso suportado pelo consumidor.

O investimento em tecnologia e em sistemas de segurança, sem dúvida, impacta a economia já que há o repasse dos serviços bancários ao consumidor, tornando-se mais custoso aos correntistas.

5.6 Clonagem de cartão

O uso de prática ilícita ou ardis pelos falsários, para clonagem de cartões e uso indevido de senhas, infelizmente, é prática notória nos dias atuais. Nem sempre as transações indevidas ocorrem em razão de negligência do correntista ou da má utilização do cartão magnético pelo titular.

As instituições financeiras ao agirem como depositárias de recursos de terceiros tomam para si a responsabilidade pelos saques indevidos, sujeitando-se à atividade de

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 13ª ed. São Paulo: Atlas, p. 318/319.

fraudadores e estelionatários, porque em muitos casos não são capazes de evitar a ocorrência de prejuízo causado ao correntista poupador, consistente nas retiradas impugnadas.

Os bancos ao atuarem como prestadores de serviços, segundo já salientado, submetem-se à legislação consumerista, respondendo objetivamente pelos danos advindos aos consumidores por defeitos relativos à atividade exercida, conforme preceitua o art. 14 da Lei 8.078/90.

Diante da alegação do prejuízo decorrente da fraude de clonagem de cartão perpetrada por falsários contra o consumidor é certo que incumbe ao banco provar que os correntistas efetuaram os saques ou agiram com negligência no tocante à guarda de seu cartão e senha, o que na maioria das vezes não resta comprovado pelo banco, que não consegue demonstrar que proporcionou os meios de segurança adequados para evitar a fraude. Pertinente ao caso destacar a seguinte decisão que determinou a inversão do ônus da prova para que o banco comprovasse a inexistência da falha na prestação de seus serviços¹⁸⁰:

É plenamente viável a inversão do ônus da prova(art. 333, II do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de que por meio de cartão bancário e/ou senha.- se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao Banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência. Recurso especial parcialmente conhecido, mas não provido.

Assim, realizadas operações indevidas, sob alegação de que não foram efetuadas pelo correntista, emerge a responsabilidade da instituição financeira em comprovar a legitimidade das transações sob pena de indenização, em razão da inoperância do sistema que implantou e ao qual submete a gama de consumidores que captou.

5.7 Furtos/Roubos ocorridos dentro da agência bancária ou em suas dependências

As instituições financeiras respondem objetivamente por danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações, decorrentes do defeito de serviço, resultantes do descumprimento do dever de segurança

¹⁸⁰ REsp 727.843-SP., Min. Nancy Andrighi, -3ª T-STJ, j. 15.12.2005.

pessoal e patrimonial dos consumidores, nos locais utilizados na prestação dos serviços bancários, o que compreende não só as agências e estacionamentos a ela vinculados, mas também caixas eletrônicos em terminais de autoatendimento ainda que localizados fora das agências, visto que também vinculados à prestação de serviços bancários.

No entanto, o risco inerente à atividade bancária¹⁸¹, que envolve a guarda e a movimentação de altos valores em dinheiro, não torna o fornecedor responsável por atos criminosos perpetrados em locais que não são por eles utilizados na prestação dos serviços bancários, sendo certo que incumbe ao Estado e não à instituição financeira o dever de garantir a segurança dos cidadãos e evitar a atuação de criminosos. Assim, caso eventual roubo ou furto ocorra fora das dependências da agência bancária, a instituição financeira não irá responder pelos prejuízos causados pelo consumidor, tendo em vista o rompimento do nexo de causalidade. Nesse sentido, pertinente o destaque da seguinte decisão proferida pelo STJ¹⁸²:

1. Ação ajuizada em 15/04/2014. Recurso especial interposto em 27/11/2015 e atribuído a esta Relatora em 25/08/2016. Julgamento: CPC/1973. 2. O propósito recursal consiste em definir se há responsabilidade da instituição financeira por roubo ocorrido a cliente, na via pública, após saída da agência bancária. 3. Consoante o entendimento consolidado desta Corte, as instituições financeiras são objetivamente responsáveis pelos danos decorrentes de assaltos ocorridos no interior de suas agências, em razão do risco inerente à atividade bancária, que envolve a guarda e movimentação de altos valores em dinheiro. 4. Da análise da Lei 7.102/83, regulamentada pelo Decreto 89.056/83, verifica-se que o legislador impôs aos estabelecimentos financeiros em geral a obrigação de manter um sistema de segurança adequado, haja vista que, dentro das agências, a responsabilidade de zelar pela incolumidade física e patrimonial dos usuários do serviço bancário é da própria instituição. 5. Todavia, na via pública, incumbe ao Estado, e não à instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e evitar a atuação de criminosos. O risco inerente à atividade bancária não torna o fornecedor responsável por atos criminosos perpetrados fora de suas dependências, pois o policiamento das áreas públicas traduz monopólio estatal. 6. Ademais, na hipótese dos autos, não restou evidenciado defeito na prestação do serviço pela casa financeira, sem o qual não há como se estabelecer nexo de imputação de responsabilidade entre o fornecedor e a vítima do evento danoso. 7. O simples desrespeito à obrigação, contida em lei municipal, de colocação de divisórias entre os caixas das agências, de modo a

¹⁸¹ A noção de atividade bancária está em conformidade com a lição de José Tadeu de Chiara que dispõe que “atividade bancária insere-se no conjunto das atividades mercantis, constituindo-se modalidade de comércio, o comércio bancário. Cuida-se de espécie de atividade mercantil que tem por elemento próprio a moeda e a concessão de crédito em moeda. Consiste na tomada de recursos monetários de terceiros, sob a obrigação de posterior devolução aos seus titulares (em sua grande maioria, depositantes) e na entrega de recursos em moeda – também a escrituração como crédito em conta corrente – em favor de tomadores de crédito. (Chiara, José Tadeu. *Estudos Avançados de Direito Empresarial – Contratos, Direito Societário e Bancário*, p.169)

¹⁸² REsp 1621868/SP, rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª T-STJ, j. 05.12.2017.

dificultar a visualização das operações bancárias por terceiros, não é apto, por si só, a atrair a responsabilidade do Banco, pois não evidenciado, ao menos de forma indiciária, que a falta do dispositivo tenha sido determinante para a ocorrência do assalto na via pública. 8. Recurso especial não provido.

Ressalte-se que o afastamento da responsabilidade civil objetiva, em caso de fortuito externo como o acima exemplificado, somente ocorrerá se ausente prova da existência de que alguém dentro da agência bancária tenha comunicado a terceiros que o consumidor/correntista sacou determinada quantia. Nessa situação, por haver falha na prestação de serviço no que tange à segurança oferecida, haverá responsabilidade do banco que deverá reparar o prejuízo sofrido pelo consumidor.

5.8 Roubo ocorrido em cofres mantidos pelos bancos

Discussão intrigante que gira em torno da responsabilidade das instituições financeiras se refere a casos de roubos/furtos ocorridos em cofres locados para guarda de pertence de terceiros. Mencionados contratos tem natureza jurídica mista de depósito, cessão de uso e locação, cuja natureza principal, representa um contrato de prestação de serviço.

Diante desse contorno jurídico que circunda essa espécie de negócio, nenhuma dúvida há que as instituições financeiras atuam como prestadoras de serviço, sendo responsáveis de forma objetiva, nos termos da súmula 297 do STJ.

No entanto, muitas vezes, o banco a despeito de manter a guarda de objetos dentro de seu cofre não exige do consumidor declaração de valor acerca dos objetos ou valores ali mantidos.

A despeito da responsabilidade do banco ser objetiva como assinalado, nos termos do art. 14, do CDC, tal fato, por si só, não assegura de forma automática o acolhimento do pedido de indenização formulado pelo prejudicado pelo roubo/furto, uma vez que a condição de consumidor não o desobriga da prova do dano.

Embora no contrato de depósito firmado entre o consumidor e a instituição financeira seja admissível cláusula limitativa de responsabilidade, o consumidor não se exime da comprovação suficiente acerca do conteúdo do cofre violado, uma vez que cabe ao lesado o ônus dessa prova. A esse respeito, destaque-se o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸³:

¹⁸³ AgRg no AREsp 405583, , Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T- STJ, j. 04.02.2014.

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Bancos. Roubo. Cofres de aluguel. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar os danos. Quantum indenizatório. Valor razoável. Agravo regimental desprovido. 1. Em relação à responsabilização da agravante pelos danos sofridos pela parte agravada, o acórdão recorrido decidiu em constância com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que, no caso de roubo de objetos depositados em cofre bancário, a responsabilidade do banco é objetiva, por decorrer do risco inerente ao negócio, devendo arcar com os prejuízos sofridos pelos clientes.

Cumprе destacar situação distinta que ocorre com o penhor civil, em que o Superior Tribunal de Justiça, nos termos de sua Súmula 638 entende que é abusiva a cláusula contratual que restringe a responsabilidade de instituição financeira pelos danos decorrentes de roubo, furto ou extravio de bem entregue em garantia no âmbito de contrato de penhor civil, nos seguintes termos:

É abusiva a cláusula contratual que restringe a responsabilidade de instituição financeira pelos danos decorrentes de roubo, furto ou extravio de bem entregue em garantia no âmbito de contrato de penhor civil.

Assim, a limitação da responsabilidade da instituição bancária em caso de contrato de depósito não se coaduna com a proteção ao consumidor, que foi erigida a princípio geral da atividade econômica, conforme se verifica do art. 170, V, da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Um dos pilares que se funda a ordem econômica brasileira é a livre iniciativa (art. 170, caput, CF). Nesse sentido, é possível constatar que a Constituição Federal optou por adotar o modelo capitalista de livre mercado. No entanto, a atuação econômica dos agentes de mercado, sobretudo as instituições financeiras, que foi objeto do presente estudo, devem respeito aos princípios previstos nos incisos do art. 170 da CF, além de ter como norte em sua atuação assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Segundo o princípio da força normativa da constituição, a norma constitucional possui força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. As normas não possuem existência autônoma em face da realidade. Desse modo, aqueles que atuam no mercado não podem se desviar dos objetivos e princípios da ordem econômica constitucionalmente traçados pela Constituição Federal.

A tutela do consumidor revela direitos fundamentais de segunda geração que impõem ao Estado uma prestação positiva, tratando-se de modalidade própria do Estado intervencionista, do Estado que regula a ordem econômica para permitir que os vulneráveis atinjam também a prosperidade material.

Diante da atuação desviada dos objetivos e princípios constitucionais, o Estado, por meio do Poder Judiciário e quando provocado, está autorizado a intervir nas relações privadas por meio da revisão contratual, buscando corrigir eventuais falhas na atuação dos agentes econômicos, como ocorre no caso das instituições financeiras quando praticam abusividades em suas relações contratuais. O Estado por meio de seu poder normativo de forma preventiva também deve coibir atuações que violem as normas de defesa do consumidor. A relação das instituições financeiras frente aos consumidores não se encontra em pé de igualdade, diante do poder econômico daquelas, daí ser necessária a regulação pelo Estado.

A ausência ou deficiência de regulação do Estado com relação aos contratos bancários, sobretudo os de adesão, como ocorre com os contratos de reserva de margem consignada, além de causar prejuízos para o consumidor viola o objetivo da ordem econômica, na medida em que não assegura a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, pois pretendendo o consumidor firmar um empréstimo acaba por contrair uma dívida eterna sem que haja perspectiva de quitação, já que na maioria das vezes ele não possui o valor necessário para quitar todo o saldo devedor do cartão de crédito. Nesse caso, o que se vê é verdadeira omissão do Conselho Monetário Nacional quanto à observância do princípio da

função social do contrato que permite que as instituições financeiras realizem de forma corriqueira esse tipo de contrato, cujo público em sua maioria são os aposentados que recebem benefícios previdenciários, enquadrados na condição de consumidores hipervulneráveis.

Pelo estudo das cláusulas abusivas nos contratos bancários, elencadas no presente trabalho, verifica-se que inexistente efetiva sincronia entre a regulação bancária e as normas de defesa do consumidor. O que se conclui é que a normatividade administrativa realizada pelo Conselho Monetário Nacional defende mais os interesses das instituições financeiras, na busca pelo lucro, do que os direitos do consumidor.

Essa postura é totalmente diversa do que apregoa o Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que a interpretação das normas deve ser realizada com vistas a estabelecer um equilíbrio entre as partes caso estas se encontrem em um patamar diverso que cause desarmonia nas relações de consumo, objetivando alcançar a igualdade material.

As regras do Código de Defesa do Consumidor devem ser observadas de ponta a ponta na cadeia de consumo, ou seja, observando-se os princípios e os direitos previstos na legislação, desde a edição de uma Resolução pelo Conselho Monetário Nacional até a efetiva concessão de um crédito ao consumidor.

Quando a regulação do Estado é deficiente e não leva em consideração as normas de proteção ao consumidor, os diversos abusos praticados pelas instituições financeiras nas relações de consumo, por vezes, só são coibidos por meio de decisões judiciais. O consumidor frente ao poder econômico das instituições financeiras, na grande maioria das vezes, revela-se vulnerável, pois se encontra em uma posição de inferioridade, de menor proteção, justificando-se a aplicação de regras que visem a alcançar a igualdade dos direitos das partes.

A vulnerabilidade no caso do contrato bancário resulta geralmente da ausência de conhecimento técnico quanto a aspectos inerentes à contratação (vulnerabilidade técnica) embora, não raro, estejam presentes, também, a ausência de conhecimentos sobre os efeitos jurídicos do contrato e sua disciplina legal (vulnerabilidade jurídica) como é o que acontece, nos já citados, contratos de empréstimos de reserva de margem consignável, onde o consumidor não é devidamente informado que os descontos são efetuados por meio de um cartão de crédito, assumindo prestações que equivalem a uma dívida eterna.

A relação de consumo entre as instituições financeiras e os correntistas deve ser regida pela observância estrita dos princípios previstos no CDC, como o da transparência e da informação, sob pena de gerar para a instituição financeira a revisão contratual para a

preservação do sinalagma ou até mesmo a nulidade do contrato, com a devolução de eventuais prestações pagas pelo consumidor, já que é ela a detentora das informações acerca de prazos para pagamentos, encargos financeiros e cálculos matemáticos que o consumidor, por vezes, ignora. Os contratos bancários devem cumprir sua função social e não servir de instrumento de efetivação do poder econômico das instituições financeiras na busca do lucro desenfreado.

Após a análise dos julgados mencionados no presente trabalho, concluímos que diante de diversas violações praticadas pelas instituições financeiras, o princípio da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica é protegido pelos Tribunais que tentam coibir a busca pelo lucro predatório em detrimento da proteção do consumidor vulnerável.

As decisões judiciais impactam a ordem econômica quando diversas cláusulas e práticas bancárias são consideradas abusivas de forma reiterada como é o caso da cobrança de tarifa de terceiros e o envio de cartão de crédito sem solicitação. A ordem econômica é relevantemente impactada pelas decisões judiciais, que revisam os contratos bancários, sob o fundamento de efetivar a defesa do consumidor, que foi erigida como princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal. Assim, o Poder Judiciário tem papel de destaque na efetivação da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

As normas protetivas ao consumidor são de observância obrigatória e são diretrizes a serem observadas inclusive pelo poder normativo de regulação, em seu âmbito administrativo. Assim, a solução adotada para o caso seria que o Estado voltasse os olhos para aplicar de forma efetiva a proteção ao consumidor por ocasião da regulação estatal efetuada pelo Conselho Monetário Nacional que ora se verifica insuficiente. Com a atuação mais protetiva ao consumidor no âmbito administrativo muitos abusos e violações ao consumidor seriam evitados, havendo maior segurança jurídica e estabilidade nas relações bancárias.

A edição do Código de Defesa do Consumidor foi um marco de avanço e atualmente continua contribuindo sobremaneira para a manutenção salutar da ordem econômica brasileira, bem como para a harmonia de todas as relações de consumo, sobretudo para as relações bancárias. Assim, a defesa do consumidor deve ser permanentemente tutelada e os abusos discutidos e coibidos, a fim de que a norma não seja relegada e se façam valer os direitos conquistados pelo consumidor em detrimento do poder econômico das grandes instituições financeiras.

A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica representa verdadeiro progresso para o mercado de consumo e contribui para a formação de uma sociedade livre,

justa e solidária, em consonância com o objetivo constitucional que nos foi programado (art. 3º, I, CF).

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO Nicola, *Dicionário de Filosofia*, 3ª ed., Utet, 1998.

ABRÃO, Carlos Henrique. *O contrato de reserva de margem consignável e sua interpretação legal*. Revista dos Tribunais. Jul – Set / 2019. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 19.07.2020.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de & NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil – Volume 2: das Obrigações, dos Contratos e da Responsabilidade Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

BENJAMIM, Antônio Herman de V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *O ainda indispensável direito econômico, Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo, ed. Quartin Later, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Fornecedor equiparado*, São Paulo: RT, 2011. V. 2 (Coleções doutrinas essenciais, Direito do consumidor: tutela das relações de consumo. Organizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor à Luz da Jurisprudência do STJ*. 6. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino, *Introdução à ordem constitucional econômica à luz do direito e desenvolvimento*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 65/2008, pag. 202/244, out-dez/2008.

CHIARA, José Tadeu de. *Estudos Avançados de Direito Empresarial – Contratos, Direito Societário e Bancário*, Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder, *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988*, Revista dos Tribunais, Maio 2010, vol. 6.

COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*, 3º ed. São Paulo: Leud, 1999.

CUSCIANO, Dalton Tria Cusciano *Auto-Regulação e desenvolvimento do mercado de valores brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, versão eletrônica

FARIAS, Thélío Queiroz. *Dos juros*. Leme/SP: Anhanguera Jurídica, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAU, Eros Roberto, *A ordem Econômica na Constituição de 1988*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de V., FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ed. Revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pag. 14.

HOBBS Thomas, *Leviatano*, Roma: Editora Laterza, 2011.

JANTÁLIA, Fabiano. *Juros bancários*. São Paulo: Atlas, 2012.

LAGES, Leandro Cardoso, *Direito do consumidor*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

LEANDRO, Ilany Caroline da Silva e SILVA, Luisa Stella de Oliveira Coutinho Silva, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 96/20140, Nov - Dez / 2014.

LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; Miragem, Bruno. *Doutrinas essenciais. Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A ação civil pública: tutela dos interesses difusos*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 19, 1986

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Direito bancário*. 3ª ed. São Paulo: RT., 2019.

_____. *Fundamento e finalidade de aplicação do código de defesa do consumidor às instituições financeiras – comentários à súmula 297 do STJ*. Revista do Consumidor, vol. 82/2012, Abr/Jun/2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. IV.

NAJJARIAN, Irene Patrícia de Noronha. *Fintech: novo desafio regulatório*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 74, ano 19, out.-dez. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor 3, São Paulo: RT, 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, versão digital

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para a codificação do direito econômico*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

RAMOS, Caio Pazinato Gregório. *Fintech: uma introdução aos principais aspectos jurídicos do tema*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 79, ano 21, jan.-mar. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Juros no Código Civil de 2002*. Revista de Direito Bancário do mercado de capitais e da arbitragem 22/53 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, São Paulo: 3ª ed., Saraiva, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no direito privado brasileiro. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do O Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos de Consumo: Vontade e Confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SETTI, Rennan. Revista eletrônica época-globo, 14.08.2018. Disponível em <<https://epoca.globo.com/criada-para-conter-indexacao-futura-tr-ja-nao-vale-mais-nada-22967757>>. Acesso em 26.07.2020.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SYLOS NETO, Jovino de. *Abusividade e Onerosidade Excessiva nos Contratos Bancários*. In GRAU, Eros Roberto; SABOYA, Cláudia Maria Martins de & ABRÃO, Carlos Henrique (Orgs.). *O Direito dos Negócios: Homenagem a Fran Martins*. São Paulo: Malheiros, 2016.

TARTUCE, Flávio; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim,. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Contrato de Consórcio*, Revista dos Tribunais, Março 1989, vol. 641/1989.

WERNER, José Guilherme Vasi. *A Formação, o Controle e a Extinção dos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ZAPATER, Tiago Cardoso. *Interpretação constitucional do código de defesa do consumidor e a pessoa jurídica como consumidor - monografias com menção honrosa*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 40/2001.