

SERVIÇOS BANCÁRIOS E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: APLICAÇÃO E QUESTÕES CONTROVERSAS

BANKING SERVICES AND CONSUMER DEFENSE CODE: APPLICATION AND CONTROVERSIAL ISSUES

ANDRÉ DOMINGUES DE MAGALHÃES

RESUMO: O Direito do Consumidor é ramo que tem se fortalecido no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas. Nesse sentido, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990 veio consolidar conquistas já alcançadas e trouxe avanços que precisavam ser postos em prática. Com relação às instituições financeiras, residia incerteza sobre a aplicação ou não do código. Nesse trabalho demonstram-se os argumentos contra a utilização e as respectivas críticas. Ainda, a evolução do sistema financeiro nacional e o amadurecimento interpretativo do próprio CDC levantaram questões controversas que resultaram amplo debate pela doutrina e jurisprudência, que também merecem ser analisados. Por fim, busca-se analisar a extensão da aplicação dos dispositivos que tutelam o direito do consumidor frente às instituições bancárias e sua efetividade concreta.

Palavras-chave: Consumidor – Código de Defesa do Consumidor – Banco – Serviços bancários

ABSTRACT: The Consumer Law is a branch that has strengthened the Brazilian legal system in recent decades. In this sense, the promulgation of the Consumer Defense Code (CDC) in 1990 came consolidate gains already made and some improvement that needed to be put into practice. With respect to financial institutions, there remained uncertainty about application or not the code. In this paper demonstrates that the arguments against their use and the respective criticism. In the same way, the evolution of the

financial system and mature interpretive CDC's own controversial issues raised extensive debate that resulted by doctrine and jurisprudence, which also deserve to be analyzed. Finally, attempts to analyze the extent of implementation of the application that protect consumer rights in the face of banking and its concrete reality.

Key-words: Consumer - Consumer Protection Code - Bank – Banking Issues

I. Introdução

A defesa do consumidor foi uma das garantias expressamente assinaladas pela Constituição da República de 1988.¹ Sua positivação se deu com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. O elevado grau da sua utilização espontânea demonstra sua efetividade, tanto pelo acatamento dos seus dispositivos pelas empresas quanto pela crescente conscientização da população consumidora e criação de instituições destinadas à tutela das relações de consumo.²

No entanto, principalmente logo após a promulgação do CDC, sua compatibilidade foi questionada com relação a determinadas esferas de atuação empresarial como turismo, telefonia e também as atividades bancárias. Tanto no âmbito doutrinário quanto na esfera jurisprudencial, discutiu-se a aplicação da nova legislação aos contratos celebrados entre os bancos e seus clientes, com intensa negativa pela FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos³ através de pareceres de doutrinadores por ela contratados.⁴

1 CRFB/1988 “Art. 5^a, XXXII - O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” ADCT “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”

2 Nesse sentido, ver: OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contratos e Serviços Bancários e a Normatização de Defesa do Consumidor*. 1^ª Ed. Campinas: LZN Editora, 2003. pág. 141

3 Nesse sentido, ver: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4^ª Ed. São Paulo: RT, 2004. pág. 428. A autora critica a resistência do Brasil, país emergente e fortemente bancarizado, à aplicação da legislação consumerista aos contratos bancários.

4 O mais comentado parecer é sem dúvida o de Arnaldo Wald, que não incluía entre os produtos protegidos pelo CDC, nem o dinheiro, nem o crédito. WALD, Arnaldo. *O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. RT, v 666, p. 7-17. Sobre os demais pareceres ver SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos Bancários*. 1^ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. pág. 51-53.

Assim, é apropriado reforçar a negativa aos argumentos utilizados para afastar a aplicação do CDC. Outrossim, para consagrar sua aplicação, garantir o emprego desse mecanismo de proteção e determinar se ainda existem limites à sua utilização com relação às atividades bancárias, torna-se necessário esclarecer os conceitos de consumidor, fornecedor e objeto da relação de consumo, trazidos pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

2. Consumidor bancário no Código de Defesa do Consumidor

O CDC conceitua consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.⁵ Note-se a amplitude do conceito, numa eminente tentativa de abarcar a maior possibilidade de sujeitos possível. Ainda, o CDC elenca diversas equiparações⁶, para garantir determinados direitos previstos na legislação a sujeitos de direito específicos.

Mesmo com tanto, defendeu-se que o código não se aplicaria às instituições financeiras, com exceção aos casos de crédito direto ao consumidor. Tal entendimento baseia-se no fato de que o dinheiro, produto oferecido pelos bancos, afastaria o conceito legal de consumidor, já que uma vez disponibilizado ao cliente, seria sempre repassado a mais alguém. Desta forma, o tomador do serviço não seria o destinatário final do produto.⁷

Para analisarmos o conceito de destinatário final, faz-se necessário esclarecer as interpretações finalista e maximalista do dispositivo. A teoria finalista preceitua que consumidor é a parte efetivamente vulnerável na relação contratual e, portanto, merece a tutela do CDC. Propõem que a interpretação de “destinatário final” aconteça de forma restrita, considerado consumidor apenas aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio. Deve ser destinatário fático e econômico do bem ou serviço, com satisfação de necessidade pessoal e não utilizar o objeto de consumo para revenda ou inserção em outra cadeia produtiva.

5 CDC Art. 2^a, caput.

6 CDC “Art. 2^a. P. ú. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” “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.

7 WALD, Arnoldo. Op cit.

Em contrapartida, a teoria maximalista defende a interpretação de “destinatário final” no seu sentido mais amplo, com necessidade apenas da retirada do produto do mercado para a caracterização da relação de consumo. Uma visão mais objetiva da operação e aplicação do CDC a uma parcela mais extensa das relações de mercado.⁸

A adoção, pelo direito brasileiro, da corrente finalista, já encontra-se pacificada na jurisprudência.⁹ No entanto, não há que se dar uma interpretação tendenciosa ao dispositivo. Como observa NELSON NERY JR,

“O aspecto central da problemática da consideração das atividades bancárias como sendo relações jurídicas de consumo reside na finalidade dos contratos realizados com os Bancos. Havendo a outorga de dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC. [...] Como as regras normais de experiência nos dão conta de que a pessoa física que empresta dinheiro ou toma crédito de Banco, o faz para sua utilização pessoal, como destinatário final, existe aqui presunção hominis, juris tantum, de que se trata de relação de consumo [...]”¹⁰

Note-se, assim, a impossibilidade de considerar a operação com as instituições financeiras como intermediárias, mas a partir da efetiva satisfação do usuário final do produto que oferecem. Exaure-se a relação relativa ao serviço entre o banco e o cliente com a consecução do serviço, que não é repassado a terceiro.

No mesmo sentido, sobre o objeto fornecido pela instituição financeira e a natureza de destinatário final, distingue SALOMÃO NETO que,

“se é verdade que o CDC apenas abrange o fornecimento a usuário final de bens e serviços, existiria tal fornecimento em caso de se considerar que o objeto da relação de consumo não é o dinheiro, mas sim o serviço de crédito, ou o dinheiro dado a crédito.”¹¹

8 MARQUES, Cláudia Lima. Op cit.

9 Resp 541867/BA. 2º Seção, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Resp 476428/SC. Rel. Min. Nancy Andrighi: “Recentemente, a Segunda Seção deste STJ superou discussão acerca do alcance da expressão ‘destinatário final’, constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor.”

10 NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 7º Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pág. 472

11 SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário. 1º Ed. São Paulo: Atlas, 2005. pág. 128.

Outrossim, faz-se necessário analisar a efetiva posição de vulnerabilidade do consumidor frente à outra parte na relação de consumo. Advirta-se que tal fragilidade não deve ser confundida com hipossuficiência. Nas palavras de ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN:

“são distintos os conceitos de vulnerabilidade e de hipossuficiência. Vulnerável é todo consumidor, opelegis. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um plus em relação à vulnerabilidade. Essa é aferida objetivamente. Aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores a grupo de consumidores.”¹²

“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns — até mesmo a uma coletividade — mas nunca a todos os consumidores.”¹³

Ora, entenda-se que a vulnerabilidade deve ser observada para a própria definição de consumidor, enquanto a hipossuficiência é analisada casuisticamente, com declinação de outros benefícios possíveis, na esfera jurídica, à parte mais frágil da relação. A vulnerabilidade pode então ser entendida, no ordenamento jurídico brasileiro, como a percepção da qualidade do agente mais fraco na relação de consumo.

São três os tipos de vulnerabilidade reconhecidos na doutrina de CLÁUDIA LIMA MARQUES: a técnica, quando o consumidor não distingue dados específicos sobre os produtos ou serviços com os quais tem contato; a jurídica, que se traduz em escassez de informações jurídicas, contábeis ou econômicas pelo comprador ou tomador do serviço e; a fática ou socioeconômica, manifestada na posição de monopólio ou de grande poder social ou jurídico exercido pelo fornecedor.¹⁴

12 BENJAMIN, Antônio Herman de Varsconcellos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. pág. 286

13 BENJAMIN, Antônio Herman de Varsconcellos e. Op Cit. Pág. 300

14 Paulo Valério Dal Pai Moraes trás uma classificação mais detalhada da vulnerabilidade, e adota, além das já citadas, também a vulnerabilidade política ou legislativa, a vulnerabilidade psíquica ou biológica e a vulnerabilidade ambiental. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

Assim, há que se observar o notável desequilíbrio contratual e a patente vulnerabilidade (técnica, jurídica e fática) do contratante com instituições financeiras, o que também configuraria operação tutelada pelo CDC.¹⁵ Na jurisprudência, há uma espécie de presunção dessa vulnerabilidade dos clientes bancários ou aceitação de provas pouco complexas para que a proteção seja consequentemente aplicada.¹⁶ Na doutrina, CLÁUDIA LIMA MARQUES, inclusive assevera que,

“para caracterizar estes contratos **[bancários]** como contratos de consumo ou não o fator decisivo não é a existência de uma lei especial [...], que regule o contrato bancário, nem a definição direta da atividade do fornecedor [...], decisiva é a presença de um consumidor ou de um profissional-vulnerável, que possa também ser equiparado ao consumidor, em matéria de proteção contratual.”¹⁷ **Grifo meu.**

Com a observância de que, quase exclusivamente, os contratos com instituições bancárias constituem contratos de adesão¹⁸, com utilização de condições gerais, tem-se ao menos indício da vulnerabilidade do contratante frente à superioridade técnica e econômica dos bancos.¹⁹ Tal posicionamento sustenta, inclusive, que profissionais liberais (como advogados, taxistas ou empresários), que tomam o serviço bancário para reinvestir em sua área de atuação, configurem consumidores para fins de aplicação do CDC.²⁰

Em última análise, o que se procura é garantir o equilíbrio contratual ansiado pelo código. No entanto, ainda que numa interpretação mais ampliada do conceito de consumidor, é preciso esclarecer que não em sua totalidade os contratantes com instituições financeiras configuram efetivamente destinatários finais do serviço ou ocupem posição deficitária

15 MARQUES, Cláudia Lima. Op cit. Pág. 452-453.

16 Ver AGA 296516/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi e REsp 296.516, Re. Min. Nancy Andrighi.

17 MARQUES, Cláudia Lima. Op cit. Pág. 458.

18 Caio Mário define os contratos de adesão como os “que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

19 MARQUES, Cláudia Lima. op. Cit. Pág. 458-459

20 Neste mesmo sentido, aprovou-se no IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado/RS, por maioria, a conclusão: “As regras dos Capítulos V (Das Práticas Comerciais) e (Da Proteção Contratual), do Título I, do Código de Defesa do Consumidor, por força do disposto no art. 29, aplicam-se, sem restrição, às relações jurídicas profissionais (pessoas físicas ou jurídicas), sempre que, em concreto, evidenciada a situação de desequilíbrio entre os figurantes (vulnerabilidade em concreto).” Revista de Direito do Consumidor 26. São Paulo: RT, pp 243-244.

com relação ao fornecedor. É o caso de negócios entre dois bancos ou com parceiros comerciais da instituição financeira. No ensinamento de Nelson Nery Jr., “Caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado do Banco para repassá-lo, não será destinatário final e, portanto, não há que se falar em relação de consumo.”²¹

Em tais situações, o tomador não é usuário final dos recursos e deixa de cumprir o requisito do artigo 2º do CDC para caracterizar sua aplicação.²² Não pode a legislação de proteção ao consumidor tornar-se objeto de defesa de outras instituições financeiras intermediárias à circulação do crédito, com notável distanciamento teleológico de sua existência.

3. Instituição Financeira Enquanto Fornecedora

Outro elemento essencial para configuração da relação de consumo é o reconhecimento das instituições financeiras enquanto fornecedoras. Na definição do CDC, fornecedor é

“toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os agentes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.²³

O alcance da aceção abrange todas as instituições financeiras em atividade no Brasil, independentemente de caráter estatal, tipo societário ou proveniência de capital estrangeiro. Na relação com o cliente, é notável o papel do banco enquanto prestador do serviço, em contraste com o consumidor, que procura a instituição em busca do produto do qual tem necessidade ou interesse.

Ainda, é possível encarar os bancos enquanto empresários, segundo a definição do Código Civil²⁴, e, portanto, fornecedor de produtos e serviços, com contratos regidos juridicamente pelo CDC.²⁵

O único ponto passível de controvérsia seria relativo à possibilidade da matéria tratada no CDC (lei ordinária 8.078/90) alcançar essas

21 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. Cit.

22 SALOMÃO NETO, Eduardo. Op. Cit. Pág. 129

23 CDC Art. 3º

24 CC/2002 “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

25 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. Cit.

organizações. Isto porque o art. 192 da Constituição da República reserva à lei complementar matérias que versem sobre o Sistema Financeiro Nacional.

Para tanto é preciso perceber se as instituições financeiras estão sujeitas apenas à legislação aprovada como lei complementar. A resposta manifesta é que não, já que também devem se submeter aos institutos do ordenamento que lhe sejam pertinentes, independentemente do tipo de norma, desde que estas tenham passado pelos órgãos e procedimentos que lhe forem próprios.

Na manifestação da Advocacia Geral da União, no julgamento da ADIN 2591, que decidiu sobre a aplicação do CDC às instituições financeiras:

“O exato desenho do funcionamento e das atribuições das instituições financeiras é feito pela própria lei complementar e pelos normativos com base nela expedidos guardados os limites de competência fixados pela Constituição.

“É possível, à lei ordinária, no entanto, disciplinar os demais aspectos dos relacionamentos entre clientes e instituições financeiras, [...] em particular aqueles que envolvem aspectos relativos às chamadas relações de consumo sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.”

Ainda sobre o tema, o ministro CARLOS VELLOSO, relator da ADIN 2591, esclarece em seu voto que

“Este diploma legal, o Código de Defesa do Consumidor, não interfere com o Sistema Financeiro Nacional, art. 192 da Constituição, em termos institucionais, já que o Código limita-se a proteger e defender o consumidor, o que não implica [...] interferência no Sistema Financeiro Nacional. Protegendo e defendendo o consumidor, realiza o Código o princípio constitucional. Atualmente, o Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei 4.595/64, recebida pela C.F./88 como lei complementar naquilo em que ela regula e disciplina o Sistema, não existindo entre aquela lei e a Lei 8.078, de 1990 – Cód. De Defesa do Consumidor – antinomias. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se às atividades bancárias da mesma forma que a essas atividades são aplicáveis, sempre que couber, o Cód Civil, o Cód, Comercial, o Código tributário Nacional, a Consolidação das Leis Trabalhistas e tantas outras leis.”

Nesse contexto, não há colisão de competência ou legitimidade quanto à utilização do CDC para as instituições bancárias, uma vez que a proteção aos Direitos do Consumidor foi outorgada pela própria Consti-

tuição para tratamento em lei ordinária.²⁶ Portanto, não existe inconstitucionalidade em considerar os bancos fornecedores para fins de aplicação das proteções consumeristas.²⁷

4. Natureza dos serviços bancários

Por fim, o último elemento da relação jurídica de consumo, qual seja, o produto ou serviço oferecido pelo fornecedor, encontra-se também conceituado no CDC: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.²⁸

A inclusão expressa dos serviços de natureza bancária na definição do CDC não deixa dúvida sobre a inserção das atividades bancárias no âmbito de proteção do código.²⁹ É eminente a preocupação do legislador em abranger as operações com instituições financeiras e os diversos serviços que disponibilizam.

No entanto, a clareza legal do instituto não foi suficiente, em primeiro momento, uma vez que emergiu controvérsia sobre a diferenciação de “serviço” e “operação” bancária.³⁰ Tentava-se provar que o conceito do código não alcançaria todas as atividades prestadas nas instituições financeiras.

26 MARQUES, Cláudia Lima. Op. Cit. Pág. 442

27 Em parecer solicitado pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-BRASILCON para o julgamento da mesma ADIN 2591, Cláudia Lima Marques enumera diversas leis ordinárias aplicadas pacificamente às atividades bancárias e atenta para a diferente natureza das normas regentes do Sistema Financeiro Nacional (normas de organização) e de defesa do consumidor (normas de conduta), de maneira a concluir sobre a coerente coexistência de ambas. MARQUES, Cláudia Lima. PARECER. Da possibilidade constitucional de instituir regras de conduta para os Bancos, aplicáveis a serviços de “natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, por lei ordinária civil ou comercial em especial através do Código de Defesa do Consumidor (e do novo Código Civil brasileiro de 10.01.2002. Disponível em <http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/12_20931431161862008_par_eccer_claudialima.pdf> Acesso em: junho/2011.

28 CDC Art 3^a par 1^a e 2^a, respectivamente.

29 Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 7^o Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Ainda, “Dentre os serviços de consumo, o parágrafo 2^a do artigo 3^a inclui expressamente os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.” PASQUALOTTO, Adalberto. In. OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Op. Cit. Pág 142

30 MARQUES, Cláudia Lima. Op. Cit. Pág. 443

O termo “operação bancária” já encontra definição consagrada na doutrina bancária, como bem demonstra NÉLSON ABRÃO:

“Colimando a realização de seu objeto, os Bancos desempenham, em relação a seus clientes, uma série de atividades negociais, que tomam o nome técnico de operações bancárias. A expressão é, há muito, consagrada no nosso direito positivo [...]. Inserem-se, pois, as operações bancárias na atividade empresarial, como sendo aquela economicamente organizada para a prestação de serviços”.³¹

Já a expressão “serviço bancário” é inovação legal do CDC e não possuía interpretação doutrinária ou jurisprudencial. Entretanto, mesmo com a diferenciação entre os institutos, não se afasta a proteção dos direitos dos consumidores, como bem afirma CLÁUDIA MARQUES:

“Certo é que a expressão operações bancárias está consagrada na legislação brasileira, mas decisivo é o seu conteúdo e não ser espécie de um gênero maior, os serviços, segundo o CDC. Em outras palavras, distinguir entre gênero e espécie é positivo, mas não é excludente, ao contrário, leva a inclusão da espécie no campo de aplicação do CDC.”³²

Assim, o argumento da diferenciação fracassa em seu próprio formalismo conceitual e não encontra respaldo doutrinário ou legal para restringir a aplicação dos mecanismos de defesa do consumidor. Outrosim, é evidente o espírito do CDC de inclusão integral dos serviços prestados em instituições financeiras.

5. Questões controversas sobre contratos bancários no CDC

Não obstante doutrina e jurisprudência consagrarem a aplicação do CDC nas relações entre clientes e instituições bancárias, resistem situações onde a aplicação dos institutos de proteção ao consumidor não é intocável. Diversos contratos e situações específicas geraram separação de entendimentos, divergência em muitos casos ainda não definitivamente resolvida.

5.1. Aplicação do CDC às taxas de juros contratuais

Ponto que apresentou diversas mudanças de perspectiva é o alcance do CDC às taxas de juros cobradas nos contratos bancários. A

31 ABRÃO, Nélson. *Direito Bancário*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000

32 MARQUES, Cláudia Lima. *Op. Cit.* Pág 444

limitação do percentual de juros aplicados em serviços das instituições financeiras foi objeto de efervescente discussão desde o Código Civil de 1916³³, que definia o uso de 6% ao ano em caso de silêncio do contrato. No entanto, as partes poderiam acordar livremente uma taxa maior ou menor que a estipulada.

Nesse contexto, com intuito evitar abusos na cobrança de juros³⁴, foi editado o Decreto 22.626/33, chamado “Lei da Usura”, que estipulava punição³⁵ para a taxação acima do dobro previsto no Código Civil (1916). O Decreto proibia ainda a capitalização de juros (anatocismo)³⁶.

Já em 1964, a lei 4.595 criou e atribuiu ao Conselho Monetário Nacional a responsabilidade quanto à limitação da taxa de juros. Autorizado pela mesma lei, o Banco Central promulgou a Resolução 389/76 que permitia aos bancos utilizarem taxas denominadas de mercado³⁷. Os reveses legais sobre o tema levaram a edição da súmula 596³⁸ pelo STF, que assegurava estarem as instituições financeiras desvinculadas da limitação prevista na “Lei da Usura”.

No entanto, o advento da Constituição da República de 1988 trouxe novos contornos à discussão. Isso porque o par. 3º do art. 192 dispunha que:

-
- 33 CC/1916: “Art. 1.062. A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262) será de 6% (seis por cento) ao ano. Art. 1.063. Serão também de 6% (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada.” “Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização.”
- 34 Em defesa do argumento, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit.
- 35 Decreto 22.626/33 “Art. 13. É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento. Penas - prisão por (6) seis meses a (1) um ano e multas de cinco contos a cinquenta contos de reis. No caso de reincidência, tais penas serão elevadas ao dobro. Parágrafo único. Serão responsáveis como co-autores o agente e o intermediário, e, em se tratando de pessoa jurídica, os que tiverem qualidade para representá-la.”
- 36 Sobre o tema, ver SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. Op. Cit. Pág. 247-251.
- 37 Lei 4.595/64: “Art. 2ª. Fica extinto o Conselho da atual Superintendência da Moeda e do Crédito, e criado em substituição, o conselho Monetário Nacional, com a finalidade de formular a política da moeda e do crédito como previsto nesta lei, objetivando o progresso econômico e social do país.” “Art. 4ª. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros [...].”
- 38 Súmula 596 do STF: “As disposições do Decreto 22.626 de 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.”

“as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, **nos termos da lei.**” **Grifo meu.**

A supremacia hierárquica do dispositivo resolveria a contenda sobre a limitação dos juros, não fosse a determinação *in fini* com referência aos termos legais. Após exaustiva discussão doutrinária e jurisprudencial³⁹, o STF pronunciou-se através da ADIN 4-7 DF, no sentido de ter eficácia limitada o disposto no par 3º do art. 192 da CR/88. Por fim, a Emenda Constitucional nº 40/2003 suprimiu o referido dispositivo e encerrou a querela acerca da limitação constitucional da taxa de juros.

O CDC não trouxe disposição expressa sobre o tema, o que levou a construções doutrinárias e jurisprudenciais das mais diversas e em sentidos muitas vezes diametralmente opostos⁴⁰. A questão foi apenas apaziguada com o julgamento dos embargos de declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIN 2591 em que o STF considerou constitucional a aplicação do CDC não apenas aos serviços prestados pelas instituições financeiras, como também suprimiu as restrições à aplicação do código em demandas que envolvam polêmica sobre juros.⁴¹

39 Para as citações doutrinárias, ver: SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. Op. Cit. Pág. 255.

40 STJ REsp. 407.097-RS, Rel. Min. Pádua Ribeiro: “A equidade é a pedra angular do sistema protetivo inaugurado pelo CDC, consoante com inexorável tendência de flexibilização do princípio pacta sunt sevanda. E da doutrina que prega a autonomia da vontade. Não existem razões plausíveis para que as instituições financeiras fiquem à margem de tal sistema. [...] Nula a cláusula relativa aos juros, à vista do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.” Em sentido diverso, STJ AI 435.958-RS, Rel. Min. Ari Pargendler: “qualificar de abusivos os juros, que, resultantes da política governamental, são praticados cotidianamente no País, não tem o menor sentido. Nem resulta do artigo 39, incisos V e XI, nem do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, menos ainda da realidade econômica, em que a taxa de juros está inteiramente desvinculada da inflação.”

41 ADIn 2591 “ART. 3ª, PAR. 2ª, do CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5ª, XXXII, DA CB/88. ART 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPORCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. ‘Consumidor’, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.” A ementa original continha outros nove itens, que atribuíam exceções à aplicação do CDC, suprimidos em reconhecimento da improcedência integral proferida nos votos dos julgadores, ainda que mantida a sustentação de que a atribuição de taxas de juros integram o sistema macroeconômico. Dentre eles: “3. O preceito veiculado pelo art. 3ª, par. 2ª, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro

Note-se, portanto, que a questão não ficou plenamente resolvida. Sustentar a aplicação do CDC com relação aos juros contratuais apenas tomou caráter casuístico e cabe ao juiz, no caso em questão, verificar a tutela ou não do código. Assim, a discussão foi abrandada, mas continua sem resolução definitiva.⁴²

5.2. Responsabilidade Objetiva das Instituições Financeiras

O art. 14 do CDC consagra a responsabilidade objetiva do prestador de serviços frente ao cliente⁴³, em defesa da vulnerabilidade do consumidor e ampliação do conceito adotado pelo Código Civil de 2002.

Entretanto, com vicissitudes mais recentes, podemos apontar a atribuição de responsabilidade objetiva em situações específicas que merecem uma análise mais detalhada. Há que se apontar a realização de transações ou compensação de cheques com documentação falsificada, a ocorrência de saques não reconhecidos ou indevidos e os de aplicações de risco.

Com relação à utilização de documentação ou cheques falsos, existia jurisprudência consistente no sentido de recair sobre o banco os prejuízos provenientes de tais situações⁴⁴. Porém, entendimentos mais recentes trouxeram à superfície argumentos importantes em auxílio às instituições financeiras. Nesse sentido, ainda que admitida a existência do risco empresarial, não é razoável atribuir aos bancos responsabilidade objetiva absoluta. Sérgio Covello sustenta, inclusive, uma busca por equilíbrio entre

na economia estejam excluídos da sua abrangência” e “6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros.” Sobre o tema ver: OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Op. Cit.

42 Com o julgamento da matéria, as opiniões se dividiram entre as mais diversas. Desde o entendimento de que a aplicação do CDC aos juros havia sido considerada constitucional, com aplicação abrangente a todas as hipóteses, como a opinião de que a situação não havia se alterado. Ver http://www.ibedec.org.br/noticias_detalle.asp?id_noticia=270.

43 CDC “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

44 Súmula 28 do STF: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.”

a teoria da culpa e o risco empresarial⁴⁵. O cliente apenas será responsabilizado quando comprovada sua culpa exclusiva ou concorrente.

Sob a égide do CDC, a argumentação adquire premente viabilidade. Com a possibilidade da inversão do ônus da prova, mantêm-se a proteção ao consumidor, sem contudo permitir abusos ou total direcionamento da responsabilidade para as instituições financeiras.

Outrossim, pode-se aplicar o raciocínio também quanto ao questionamento em saques não reconhecidos pelo consumidor. Observe-se que no caso das transações bancárias, o cliente possui a função de cautela com as senhas ou meios de acesso aos serviços que utiliza na instituição bancária.

É nesse sentido que SCHONBLUM ressalta:

“[...] a linha que separa o ‘fato exclusivo do consumidor’, quando negligente [...] e a existência de vício na prestação do serviço por parte das instituições bancárias, ou seja, a ocorrência de fraudes e golpes nas contas de seus clientes, é muito tênue, visto que, para ambas as partes (não obstante a inversão do ônus da prova em favor do consumidor), torna-se bastante difícil provar o alegado, cabendo ao julgador, no caso concreto, buscar a verdade e, com isso, imputar a responsabilidade pelo ocorrido.”⁴⁶

Tem-se que, mesmo com acolhimento do risco empresarial para as instituições financeiras, as distinções casuísticas e o comportamento esperado do consumidor não podem ser ignorados na atribuição de responsabilidade.⁴⁷

Situação distinta é a das perdas resultantes de aplicações de risco. Em tais contratos, a obrigação precípua das instituições financeiras é administrar os investimentos, com utilização dos recursos mais eficazes a sua disposição. Note-se que o retorno financeiro ao investidor é expectativa, mas não possui caráter absoluto. Assim, constitui para o banco obrigação de meio, no que se refere ao investimento e de resultado no tocante ao repasse de informações.⁴⁸

45 Ver SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm Op. Cit. Pág. 287.

46 SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. Op. cit., pág. 294

47 CDC “Art. 14, par. 3 O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: [...] II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

48 SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. Op. cit., pág. 303. No mesmo sentido, TJRJ - 10ª Câmara de Apelação. 2001.001.15657, Rel. Dês. José Carlos Varanda: “Fundo de Investimento Financeiro. Crise cambial de janeiro de 1999. Perda parcial dos investimentos. Investidor que não é inexperiente e que tinha plena ciência dos riscos assumidos, onde se previa perda do capital investido. Pretensão em ver-se ressarcido material e moralmente por

Por conseguinte, a instituição não pode ser responsabilizada por perdas ou lucros insatisfatórios, desde que comprovado o emprego das melhores diligências esperadas para a situação.

6. Considerações Finais

A bancarização é, além de política de governo, suporte para o desenvolvimento social. Portanto, é natural que as demandas judiciais quem envolvem contratos bancários e consumidores ocupem papel de destaque no judiciário brasileiro.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor veio para consolidar importantes direitos percebidos pela população e figura como uma das mais modernas e consistentes legislações pátrias.

Isto posto, não há como dissociar os institutos observados. A abrangência do CDC não poderia excluir as relações consumeristas com as instituições financeiras, que desempenham papel deveras importante para a economia nacional e onde o consumidor pode ter enorme desgaste com eventuais deficiências do serviço prestado.

No mesmo passo, os argumentos possíveis para afastar os dispositivos de proteção ao consumidor se mostram inócuos frente à interpretação teleológica da lei e encontram resistência justificada na jurisprudência.

Entretanto, há que se observar situações onde a utilização do próprio CDC deve ser mitigada, como a não configuração de consumidor (nas transações entre as instituições financeiras) ou quando os contratos não resultarem responsabilidade da organização bancária.

No entanto, a posição mais ajustada é sem dúvida a assentada na súmula 297 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” ou, mais efusivamente, nas palavras de Nelson Nery Jr: “As operações bancárias estão abrangidas pelo regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor”.⁴⁹

Num contexto de fortalecimento dos direitos do consumidor, não é possível afastar a proteção quanto aos contratos bancários. Pelo contrário, deve-se primar pela tutela prevista no CDC em benefício da prestação mais satisfatória dos serviços bancários e fortalecimento, como um todo, do poder de reivindicação do consumidor.

perda parcial do capital. Sentença que rechaçou-lhe a pretensão bem fundamentada. Recurso improvido.”

49 NERY JÚNIOR, Néson. Op. Cit.

Referências Bibliográficas

- ABRÃO, Nélson. **Direito Bancário**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Varsconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- Código Civil Brasileiro. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.
- Código Civil Brasileiro de 1916. Lei 3.071 de 1º de Janeiro de 1916.
- Código de Defesa do Consumidor vale para juros bancários, diz STF. Notícia. Disponível em <http://www.ibedec.org.br/noticias_detalle.asp?id_noticia=270> Acesso em: junho/2011.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de Direito Bancário**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- COVELLO, Sérgio Carlos. **Responsabilidade Civil**, 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. PARECER. **Da possibilidade constitucional de instituir regras de conduta para os Bancos, aplicáveis a serviços de “natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, por lei ordinária civil ou comercial em especial através do Código de Defesa do Consumidor (e do novo Código Civil brasileiro de 10.01.2002)**. Disponível em <http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/12_20931431161862008_parecer_claudialima.pdf> Acesso em: junho/2011.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nélson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contratos e Serviços Bancários e a Normatização de Defesa do Consumidor**. 1ª Ed. Campinas: LZN Editora, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Revista de Direito do Consumidor 26. São Paulo: RT, pp. 243-244.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Contratos Bancários**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª Ed.

WALD, Arnoldo. **O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras**. RT, v 666, p. 7-17.

