

UNIVERSIDADE AUTÔNOMA DE LISBOA

Eduardo de Oliveira Cerdeira

**A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor
Brasileiro nos contratos firmados entre pessoas físicas ou
jurídicas e as instituições financeiras.**

DOUTORADO EM DIREITO

**LISBOA
2015**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	4
1.1. Breve Histórico.....	4
1.2. O consumidor e o fornecedor	7
1.3. O objeto da relação de consumo	11
2. CONTRATOS BANCÁRIOS.....	14
2.1. Breve Histórico e conceito	14
2.2. Atividades bancárias	16
3. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NOS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS E AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.....	19
3.1. O julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade nº 2591	19
3.2. As principais consequências do julgamento da ADI 2591	24
3.3. A aplicabilidade da lei de consumo de Portugal nos contratos bancários e alguns aspectos.....	26
CONCLUSÕES	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	33

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo um breve estudo sobre a aplicabilidade da lei específica que rege as relações de consumo no Brasil (lei 8.078/90), comumente denominado de código de defesa do consumidor, nos contratos firmados entre pessoas físicas e jurídicas com as instituições financeiras.

Estudaremos, inicialmente, o histórico da lei de consumo brasileira, os conceitos de consumidor e fornecedor, e o objeto da relação de consumo (capítulo 1). Posteriormente trataremos dos contratos bancários expondo seu conceito e um breve histórico de seu desenvolvimento, bem como procuraremos conceituar e elencar as atividades bancárias (capítulo 2). Por fim, discutiremos especificamente a aplicabilidade da lei de consumo brasileira nos contratos bancários firmados por pessoas físicas e jurídicas, tratando amplamente do julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade nº 2591 (um marco sobre o tema) e suas consequências, e também mencionando nosso entendimento sobre a aplicabilidade da lei de consumo de Portugal nos contratos bancários (capítulo 3).

O tema, sempre atual, mormente considerando o atual cenário econômico brasileiro, e mesmo mundial, ainda possui diversos aspectos que geram controvérsias, sendo que buscaremos discutí-los com o auxílio da doutrina, da jurisprudência e do direito comparado, com ênfase, como mencionado, no Direito Português.

Não temos a pretensão de esgotar a matéria, mas sim a pretensão de analisar alguns aspectos relevantes e importantes para um futuro aprofundamento no estudo do tema, que, como dito, destaca-se nos momentos de crise econômica.

1

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No presente capítulo procuraremos enfatizar a importância do código de defesa do consumidor (lei 8.078/90) na legislação brasileira, sendo que para tanto analisaremos seu histórico, os conceitos de consumidor e fornecedor, e a própria relação de consumo e seu objeto.

Não esgotaremos nenhum dos aspectos elencados no parágrafo anterior, até porque cada um deles poderia ser objeto de um trabalho próprio, mas sim apresentaremos um breve histórico da lei 8.078/90 (e o objetivo do legislador) e alguns conceitos indispensáveis para discutirmos a aplicabilidade, ou não, do Código de Defesa do Consumidor nos contratos firmados entre pessoas físicas ou jurídicas com as instituições financeiras.

1.1 Breve histórico.

Respeitando os objetivos do presente trabalho e o tema que pretendemos discutir, trataremos do histórico do Código de Defesa do Consumidor a partir da clássica, e sempre atual, discussão sobre a mitigação da aplicabilidade do *pacta Sunt Servanda* no direito contratual.

Neste sentido, já enfatizamos que sem dúvidas a lei 8.078/90 (código de defesa do consumidor brasileiro) admite expressamente a mitigação do *Pacta Sunt Servanda*, já que como veremos no presente trabalho possibilita a revisão de cláusulas contratuais no caso, por exemplo, de desproporcionalidade ou abusividade nas obrigações fixadas entre fornecedor e consumidor, tido na legislação como hipossuficiente.

Ou seja, a teoria dos contratos fundamentada no liberalismo proclamado com o *laissez-faire*, que dava completa liberdade aos cidadãos não admitindo a intervenção estatal, é mitigada retirando força dos princípios clássicos da referida

teoria dos contratos, quais sejam, da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos contratos, e do consensualismo das partes.

Aliás, desde a revolução industrial, já no século XVIII, diante da urbanização, desenvolvimento do capitalismo (com consequente crescimento da concorrência) passou-se a observar a massificação das cidades, das relações de trabalho, das fábricas, e do próprio consumo, o que acabou gerando também a massificação das comunicações, e a própria massificação dos contratos o que decorreu, significativamente, dessa concentração industrial e comercial e passou a reclamar, com o passar dos tempos, nova intervenção estatal para assegurar a ordem pública e social.

É neste contexto, e a partir de fins do século XIX e XX que já passamos a encontrar um maior dirigismo do Estado Brasileiro nos contratos, sendo que no contexto pós-moderno e atual parece-nos mesmo imperativo uma *“revisão quanto a acepção dos contratos e, conseqüentemente, ao princípio do pacta sunt servanda, que tem nascedouro com o surgimento do contrato no direito romano, em meio ao formalismo pela inspiração religiosa ancorado no direito canônico”*.¹

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil) e o próprio CDC (Código de Defesa do Consumidor), embora em momentos distintos (a CLT foi promulgada em 1.943 e o CDC em 1.990), estão justamente dentro deste contexto histórico de necessidade de intervencionismo estatal para proteger, como veremos, a parte hipossuficiente e sem condições de discutir com a outra, por exemplo, a forma de trabalho ou as condições para a aquisição de um imóvel, sendo mesmo indiscutível que há tempos o *pacta sunt servanda* vem sendo

¹ MATTAR, Joaquim J.M. *Pacta Sunt Servanda e Rebus Sic Stantibus e a nova visão do contrato social sobre direitos e deveres constitucionalizados na defesa do meio ambiente economicamente sustentável*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RED). N. 18 – ago./set. – 2008, Salvador/BA, p. 2.

mitigado tornando-se necessária a aplicação de princípios modernos como o da função social do contrato, o do dirigismo contratual e o da boa-fé objetiva.²

Que se fique claro que não houve, e nem há, a possibilidade de completa alteração de qualquer contrato ou cláusulas contratuais, mas sim a possibilidade de revisão de algumas condições e quando estivermos diante de uma relação desigual em que uma das partes necessite de amparo estatal até como forma de manter a ordem pública, cabendo destacarmos que tal intervenção é de interesse de toda a sociedade, sendo que justamente por isso as normas constantes no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro são normas de ordem pública (art. 1º) e de interesse social não passíveis de derrogação nem pela convenção entre os interessados.

Diante do exposto concluímos, brevemente, que o Código de Defesa do Consumidor surgiu da necessidade de intervencionismo estatal exigido diante da massificação dos contratos de consumo, que embora já ocorresse desde a revolução industrial com o desenvolvimento das cidades e do próprio capitalismo,

² Neste sentido tem se pronunciado os Tribunais Estaduais Brasileiros e o Superior Tribunal de Justiça:

“[...] O princípio do “pacta sunt servanda”, cujo preceito determina que devem prevalecer às obrigações pactuadas entre os contratantes, não pode ser considerado um dogma do direito, de forma a ser tido como intocável, possibilitando que se esconda sob o seu manto irregularidades e abusividades tão-somente porque se encontram previstas no contrato. Tal princípio deve ser interpretado de acordo com a realidade socioeconômica, igualdade das partes e, principalmente, com a natureza do contrato em questão [...]” (TJMS - Apelação Cível 2008.034651-5 2006.000093-7- Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - 3ª Turma Cível – j.25/02/2009)

“[...] aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, tais como empréstimos bancários. Dessa forma, é permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, mormente frente ao fato de que o princípio do pacta sunt servanda, há muito vêm sofrendo mitigações, mormente frente aos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual [...]” (BRASIL. TJMS - Apelação Cível 2008.034651-5 2006.000093-7- Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - 3ª Turma Cível – j.25/02/2009).

“[...] é de se considerar que a aplicação do princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações em razão do advento Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil, que trouxeram uma nova visão acerca das relações contratuais, passando a priorizar o interesse público e o bem comum. Isso demonstra que, não obstante portadores de certa importância, princípios como o pacta sunt servanda, a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos, não se encontram revestidos do caráter absoluto que possuíram outrora. **Observa-se que o entendimento do Tribunal de origem não diverge do entendimento assente nesta Corte** [...] A jurisprudência pacificada no STJ orienta-se pela relativização do princípio “pacta sunt servanda [...]” (BRASIL. STJ, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.062.446 – MS, 2008/0141390-2. ano 2009)

tomou força no final do século XX e início do século XXI exigindo a relativização “*Pacta Sunt Servanda*” como garantia da ordem pública e social.

1.2 O consumidor e o fornecedor.

Para os fins almejado no presente trabalho (concluirmos sobre a aplicabilidade do código de defesa do consumidor brasileiro nos contratos bancário) é indispensável conceituarmos quem é o consumidor e o fornecedor de produtos ou serviços.

Não pretendemos neste tópico discutirmos todas as questões polêmicas sobre referidos conceitos já que tais discussões poderiam ser objeto de um trabalho próprio e fugiriam do que se propõe para este trabalho sendo que aqui iremos expor o conceito de cada um dos personagens das relações de consumo e apontar algumas discussões que entendemos importante para tratarmos do tema discutido (aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro nos contratos firmados entre pessoas físicas ou jurídicas e as instituições financeiras).

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro conceitua consumidor como sendo “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. A partir de referido conceito já podemos concluir que não há discussão quanto a aplicabilidade do referido *codex* para pessoas jurídicas desde que sejam o destinatário final do produto.

Como nos ensina José Geraldo Brito Filomeno, “*o conceito de consumidor adotado pelo código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final,*

pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial”.³

Ou seja, o consumidor pode ser a pessoa física ou jurídica que adquire bens ou serviços para utilização em benefício próprio. Neste sentido uma pessoa jurídica pode adquirir mesas, cadeiras, contratar fornecedores para reparos, dentre outras atividades e ser considerada uma consumidora podendo se valer do diploma consumerista nesses casos. É assim que tem entendido a jurisprudência:

“APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. (...) Consumidor é a pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (...). A adoção da teoria finalista restou pacificada no STJ. Via de regra a pessoa jurídica não se encontra ao abrigo do CDC, mas a jurisprudência tem admitido tal hipótese, em caráter excepcional, quando não caracterizada a intrínseca correlação entre o negócio firmado e a atividade fim da empresa a que se questiona o enquadramento no âmbito de aplicação do regime consumerista (...) In casu, o empréstimo do valor é utilizado na atividade meio da empresa, razão pela qual se caracteriza como consumidora (...)” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Cível 70023529191 – 12ª Câmara Cível – Relator Desembargadora Judith dos Santos Mottecy – g.n.).

É importante verificar o destino dado ao bem ou serviço pela pessoa jurídica, o que nem sempre é uma tarefa fácil. A aquisição de bens ou serviços visando implementar ou incrementar atividade negocial, por exemplo, a aquisição de máquinas de cartão de crédito, ou de insumos para produção de um produto que será revendido descaracterizam a relação de consumo entendendo a jurisprudência desta forma:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. CONTA CORRENTE. PESSOA JURÍDICA. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALMEJADA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (...) RELAÇÃO DE CONSUMO INTERMEDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.078/90. I. Cuidando-se de contrato bancário celebrado com pessoa jurídica para fins de aplicação em sua atividade produtiva, não incide na espécie o CDC, (...) II. Nessa hipótese não se configura a relação de consumo, mas atividade de consumo intermediária, que não goza dos privilégios da legislação consumerista. (...) 1. É pacífico, no âmbito da segunda Seção desta Corte, o entendimento de que a aquisição de bens ou a utilização de serviços por

³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 27.

pessoa natural ou jurídica com o escopo de implementar ou incrementar sua atividade comercial, não se reputa relação de consumo, mas como uma atividade de consumo intermediária, motivo por que resta afastada, in casu, a incidência do CDC.” (STJ – AgRg no Ag 834673/PR – 4ª TURMA – Ministro Relator Fernando Gonçalves – g.n.)

Tal sistemática também se aplica para a pessoa física, quando essa visa implementar ou incrementar atividade comercial.

A partir de tal conceito, e independente de outras discussões à frente, já podemos concluir que nem a todos contratos bancários poder-se-á aplicar o código de defesa do consumidor, já que inúmeros contratos podem ser firmados, por exemplo, por pessoas jurídicas, para implementar ou incrementar sua atividade comercial.

Como mencionado, não nos aprofundaremos nas discussões quanto a outros aspectos do conceito de consumidor passando agora a conceituar o fornecedor.

O fornecedor, segundo conceito constante no próprio código de defesa do consumidor (art. 3º) é *“toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços”*.

Verifica-se que o legislador procurou colocar no conceito acima todas as formas de atuação no mercado consumerista bem como os possíveis fornecedores mencionando expressamente inclusive pessoas físicas que prestam serviços na condição de autônomo.

Sobre o conceito acima entendemos importante transcrever os ensinamentos do Professor João Batista de Almeida ao comentar o artigo 3º do Código de defesa do Consumidor Brasileiro:

“Praticamente, a definição legal esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo. Fornecedor é não apenas quem produz ou

*fábrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos-de-venda espalhados por todo o território. Nesse ponto, portanto, a definição de fornecedor se distancia da de consumidor, pois, enquanto este há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário, ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal. Fornecedor é, pois, tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor como aquele que o faz para o intermediário ou comerciante, porquanto o produtor originário também deve ser responsabilizado pelo produto que lança no mercado de consumo (CDC, art. 18). O conceito legal de fornecedor engloba também as atividades de montagem, ou seja, a empresa que compra peças isoladamente produzidas para a montagem do produto final (p.ex., automóveis), as de criação, construção, transformação (de matéria prima em produto acabado), bem como as de importação, exportação e distribuição (p.ex., do atacadista para pequenos varejistas”.*⁴

Como bem exposto na definição legal e também como comentado pelo referido autor o conceito de fornecedor é amplo abarcando também aqueles que intermediam o fornecimento do produto ou serviço e que trabalham nas atividades de montagem, criação, construção, transformação, importação, e exportação do produto final ou da prestação de serviços.

Portanto, sucintamente podemos concluir que na legislação brasileira consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou serviço para seu próprio usufruto (como destinatário final) e que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, inclusive as que trabalham na intermediação, montagem, criação, construção, ou transformação do produto final que será colocado no mercado de consumo ou na prestação de serviços.

Ato contínuo, concluímos também em uma primeira análise que nem a todos contratos bancários poder-se-á aplicar o código de defesa do consumidor, já que inúmeros contratos podem ser firmados, por exemplo, por pessoas jurídicas, para implementar ou incrementar sua atividade comercial, fugindo, portanto do conceito de consumidor.

⁴ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 41.

1.3 O objeto da relação de consumo.

O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro ao conceituar fornecedor deixa claro que os objetos da relação de consumo são os produtos e os serviços sendo ainda que no próprio dispositivo os conceitua.

Produto, conforme o parágrafo primeiro do referido artigo é *“qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”*; sendo o serviço, conforme parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal *“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 conceito legal de produto, como se vê, é demasiadamente amplo tornando-se difícil imaginar algum tipo de bem que não móvel ou imóvel ou material e imaterial.

Para os fins das relações de consumo, contudo, devemos acrescentar ao bem um determinado conteúdo econômico e finalístico, como já vimos no tópico anterior ao afirmarmos a necessidade de que o consumidor seja o destinatário final do produto. Sobre tal aspecto é importante transcrevermos lição do Professor Tupinambá Miguel Castro do Nascimento:

“Ao conceito de produto, para fins das relações de consumo, interessa saber que é um bem com determinado conteúdo finalístico. É um bem porque, no sentido genérico, tem aptidão para satisfazer necessidades humanas e, mais do que isto, tem valor econômico e pode ser objeto de uma relação jurídica entre pessoas. Não importa ao conceito se são móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos (art. 3º, § 1º, do Código). De outro lado, agrega-se ao conceito a sua finalidade. É aquele que é suscetível de circular das mãos do fornecedor para o consumidor, como destinatário final, circulação que pode ser física, significando tradição da posse (bem alugado, arrendado, leasing, etc.), ou jurídica, esta importando na mudança da titularidade dominical do bem (compra e venda, permuta, etc.)”.⁵

⁵ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 22.

O conceito trazido pelo Código de Defesa do Consumidor para serviço também é bastante amplo, tornando difícil encontrar algum tipo de atividade material ou intelectual, pública ou particular e da qual se espere algum proveito econômico que não possa ser enquadrada no dispositivo.

O mesmo professor Tupinambá Miguel Castro do Nascimento muito bem expõe o conceito de serviço:

“Serviço é prestação de atividade, é o labor em favor de outrem. Nem toda atividade, porém, ingressa no conceito que interessa à lei de proteção ao consumidor. Primeiro, tem que ser atividade que se localiza no mercado de consumo. E, mais do que isto, atividade remunerada. Aqui, o caráter de ser gratuito o serviço prestado exclui da lei a atividade. Pela onerosidade, o conceito abrange a atividade de autônomos em geral, as atividades ‘de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária’ (art. 3º, § 2º, do Código, dos órgãos públicos, das concessionárias e permissionárias, e também dos profissionais liberais (art. 14, § 4º), tais como médicos, advogados, farmaceutas, engenheiros, arquitetos, etc.”.⁶

Devemos destacar que as relações trabalhistas e as fiscais ou tributárias estão expressamente excluídas do conceito de serviços não sendo objeto, em regra, da relação de consumo.

Portanto, em uma primeira análise não encontramos nenhuma vedação de que os contratos bancários tragam produtos e serviços nos termos preconizados pela lei consumerista brasileira, considerando a amplitude do conceito de produtos e serviços na legislação, mas lembrando que tanto no caso de produtos quanto de serviços deveremos observar os requisitos econômicos (valor) e finalidade (destinatário final).

Diante do discutido neste tópico podemos concluir que os objetos da relação de consumo são os produtos e os serviços, podendo os produtos serem conceituados como bens móveis, imóveis, matérias e imateriais com valor econômico e que serão utilizados por um destinatário final; e os serviços como atividades em geral prestadas mediante remuneração com exceção daquelas de

⁶ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 25.

natureza trabalhista e tributárias ou fiscais, sendo que parece-nos inexistir vedação de que os contratos bancários tragam produtos e serviços nos termos preconizados pela lei consumerista brasileira, considerando a amplitude do conceito de produtos e serviços na legislação, mas lembrando que tanto no caso de produtos quanto de serviços deveremos observar os requisitos econômicos (valor) e finalidade (destinatário final).

2

CONTRATOS BANCÁRIOS

Neste capítulo procuraremos somente conceituar o que são contratos bancários e quais são atividades bancárias mais comuns.

Tal análise, ainda que sucinta, considerando a finalidade do presente trabalho, é importante para verificarmos se os contratos/atividades bancárias podem estar estão dentro dos conceitos discutidos no capítulo anterior, o que em uma primeira análise concluímos que sim desde que respeitados os requisitos econômico (valor) e finalístico (destinatário final).

2.1 Breve histórico e conceito.

Como bem ensina Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum *“não se estaria exagerando ao afirmar que, desde o surgimento do dinheiro, isto é, remontado à antiguidade, já estariam presentes na sociedade algumas práticas tidas – atualmente – como bancárias”*.⁷

Contudo, é inequívoco que após a revolução industrial com a consolidação do capitalismo os Bancos, e os contratos bancários, passaram a se desenvolver rapidamente sendo que no século XX as atividades foram diversificadas passando a fazer parte do cotidiano de qualquer cidadão urbano e moderno.

Com a massificação das relações sociais (vide capítulo 1, tópico 1.1.) os produtos e serviços oferecidos pelos Bancos também foram atingidos passando a

⁷ SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wihelm. *Contratos Bancários*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2004, p. 03.

se discutir a necessidade de proteção especial aos cidadãos pelos diplomas de proteção aos consumidores, que é a discussão objeto do presente trabalho.

Os contratos bancários, tal como os bancos e os serviços prestados pelos bancos, tiveram, portanto, desenvolvimento relacionado ao próprio desenvolvimento do capitalismo.

Os contratos bancários são aqueles em que necessariamente uma das partes é uma instituição financeira, e que traz como objeto atividades bancárias, assim entendidas aquelas relacionadas a concessão, circulação ou administração de crédito (art. 17 da lei 4.595/64). Neste sentido muito bem escreve o mestre e doutor Fabio Ulhôa Coelho:

“ (...) Considera-se bancário o contrato cuja função econômica se relaciona com o conceito jurídico de atividade bancária, preceituado no art. 17 da lei 4.595/64 (lei que regula o Sistema Financeiro Nacional); por atividade bancária entende-se a coleta, intermediação em moeda nacional ou estrangeira; esse conceito abarca uma gama consideração de operações econômicas ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou Administração do crédito; estabelecendo-se paralelo entre a atividade bancária e industrial, pode-se afirmar que a matéria prima do banco e o produto que ele oferece ao mercado é o crédito, ou seja, a Instituição financeira dedica-se a captar recursos junto a clientes (operações passivas) para emprestá-los a outros clientes (operações ativas). (...) São contratos em que uma das partes é necessariamente um banco que ainda pode oferecer serviços diversos”.⁸

Não discutiremos neste trabalho aspectos específicos do direito bancário, conceituado pelo admirador Professor Armindo Saraiva Matias como sendo *“um conjunto ou complexo de princípios e normas jurídicas que regulam a atividade bancária, bem como a constituição e o funcionamento das Instituições Bancárias”*⁹, sendo que procuraremos no tópico a seguir elencar algumas das atividades e operações bancárias.

Analisando esse breve histórico e o próprio conceito de contratos bancários não encontramos qualquer vedação de que os contratos bancários

⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 4ª ed., 1993, São Paulo: Editora Saraiva, p. 430.

⁹ MATIAS, Armindo Saraiva. *Direito Bancário*. Lisboa: Editora Coimbra, 1998, p. 08.

venham a receber a proteção da lei 8.078/90, observado, como já dito os requisitos econômico e finalístico.

Portanto, podemos concluir que o desenvolvimento dos contratos bancários está relacionado ao próprio capitalismo e que sucintamente podemos conceituar os contratos bancários como sendo aqueles em que uma das partes é uma instituição financeira e cuja objeto são atividades bancárias, as quais serão estudadas no tópico a seguir.

2.3 Atividades bancárias

Como exposto anteriormente, ao mencionarmos o conceito de contratos bancários ensinado pelo Professor Fabio Ulhôa Coelho¹⁰ as atividades bancárias sucintamente são a coleta, intermediação em moeda nacional ou estrangeira relacionadas a uma gama de operações econômicas ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração de crédito. A matéria prima do banco e o produto que é oferecido ao mercado é o crédito sendo seu objetivo captar recursos junto a clientes (operações passivas) para emprestá-los a outros clientes (operações ativas) podendo ainda ser oferecidos outros serviços.

É neste exato sentido que o artigo 17 da lei 4595/64 dispõe sobre as atividades das instituições financeiras que são, consoante aludido dispositivo legal, *“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”*.

¹⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 4ª ed., 1993, São Paulo: Editora Saraiva, p. 430.

A doutrina brasileira costuma dividir as atividades bancárias como principais e secundárias. As operações principais concernem, em resumo, no recolhimento e distribuição do capital, enquanto as secundárias aparecem quando a instituição financeira atua na função que não lhe é típica, ou seja, que não é a intermediação na circulação do dinheiro onde se enquadra justamente atividades como a prestação de serviços, por exemplo, fornecimento de extratos bancários, fornecimento de serviços de proteção, fornecimento de folhas de cheques, dentre inúmeros outros.¹¹

Para os fins deste trabalho não adentraremos em pormenores da legislação específica brasileira, onde se destaca a referida lei 4.595/64 que traz além de uma grande gama de atividades bancárias, as regras para sua operacionalização, mas sim procuraremos discutir se as atividades bancárias prestadas pelas instituições financeiras para seus clientes, incluindo-se aí os serviços, em prol de seus clientes são ou não tuteladas no Brasil pela lei 8.078/90, o que nos parece que sim, desde que observados os requisitos finalístico e econômicos já mencionados alhures.

A doutrina brasileira muito discutiu, e ainda discute, sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro nas atividades bancárias, o que é o objeto de estudo neste trabalho e que será melhor tratado no capítulo 3 a seguir sendo interessante neste momento transcrevermos as palavras da renomada jurista brasileira Claudia Lima Marques sobre a matéria:

“O sistema do CDC não distingue entre ‘operações’ e ‘serviços’, distinção existente apenas na legislação especial bancária. No sistema do CDC, por sua natureza, as operações bancárias são espécie do gênero serviços, atividades operativas, de administração, organização, captação e de banco de natureza comercial e profissional incontestes na doutrina e na legislação. No sistema do CDC, por sua ratio legis de inclusão de relações jurídicas desequilibradas e com a presença de um vulnerável a necessitar proteção especial, não se distingue entre consumidores e usuários, nem entre serviços materializados e vinculados a produtos e fazeres totalmente imateriais, nem entre produtos materiais e imateriais, economicamente destrutíveis ou não, mas sim entre serviços e produtos, incluindo todos os produtos juridicamente consumíveis, úteis e economicamente valorados, mesmo

¹¹ ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*. 1996, Campinas: Bookseller, p. 66 e 67.

que imateriais, incluindo todos os serviços, fazeres juridicamente consumíveis, úteis e economicamente valorados, mesmo que o simples uso, a simples organização, a simples intermediação, a simples informação, a simples conduta anexa a uma finalidade valorada no atual mercado. [...] Os complexos serviços bancários encontram-se incluídos dentre os serviços valorados no mercado de consumo, são serviços auxiliares ao consumo e por ser oferecidos aos consumidores leigos, a eles se aplicam a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), especialmente às relações massificadas, de adesão e essenciais ao homo economicus atual.”¹²

Poderiam surgir dúvidas também quando relembremos que somente há relação de consumo mediante remuneração (vide tópico 1.3) o que, a primeira vista, poderia afastar muitas das atividades bancárias das entendidas como de consumo já que seriam gratuitas. Contudo entendemos que todos os serviços e produtos oferecidos pelos bancos são, mesmo que indiretamente, remunerados, ainda que diluídos no preço geral dos demais¹³.

No capítulo a seguir discutiremos mais detalhadamente tais questões sendo que com relações as atividades bancárias podemos concluir, sucintamente, e dentro dos objetivos deste trabalho que são uma gama de operações econômicas ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração de crédito com o objetivo de captar recursos junto a clientes (operações passivas) para emprestá-los a outros clientes (operações ativas) incluindo ainda serviços de naturezas diversas.

¹² MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed., 2006, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 118.

¹³ Sobre as remunerações indiretas e a sua previsão na lei consumerista brasileira muito bem escreve a Professora Claudia Lima Marques:

“(...)Parece-me que a opção pela expressão ‘remunerado’ significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o ‘benefício gratuito’ que está recebendo. A expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo. Aqueles contratos considerados ‘unilaterais’, como o mútuo, assim como na poupança popular, possuem um sinalagma escondido e são remunerados. (...)” (MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed., 2006, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 114.

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NOS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS E AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

No presente capítulo trataremos, diretamente, a aplicabilidade, ou não, do código de defesa do consumidor brasileiro nos contratos firmados entre pessoas físicas ou jurídicas e as instituições financeiras, discutindo o julgamento da histórica ação declaratória de inconstitucionalidade nº 2591 pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, as consequências desse julgamento, e também a aplicabilidade da lei de consumo de Portugal nos contratos bancários.

Para tanto, utilizaremos, sempre que necessário dos conceitos abordados nos capítulos anteriores, o que no nosso entendimento é fundamental para a discussão do tema.

3.1 O julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade nº 2591

Como exposto nos tópicos anteriores diversas eram as questões levantadas pela doutrina e pela jurisprudência quanto a aplicabilidade, ou não, do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários.

Muito se mencionava que a Constituição Federal Brasileira, embora trouxesse previsão nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, dentre outros, para a defesa do consumidor; também reservava ao Sistema Financeira Nacional o poder de legislar sobre as questões envolvendo instituições financeiras e, conseqüentemente, questões envolvendo os contratos bancários.

Nesta esteira, com a promulgação da lei 8.078/90 e a expressa menção no artigo 3º, parágrafo 2º, de que dentre os serviços do consumidor estão incluídos “*aqueles de natureza bancária, financeira, de crédito, e securitária*” muito se discutiu sobre uma suposta inconstitucionalidade do dispositivo até que a Confederação Nacional do sistema Financeiro – CONSIF propôs uma ação declaratória de inconstitucionalidade contra o Presidente da República e o congresso nacional visando a declaração de inconstitucionalidade do referido parágrafo 2º do artigo 3º da lei 8.078/90 (código de defesa do consumidor brasileiro).

O julgamento foi marcado por infindáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais, e também por muita especulação política. O Relator do processo, Ministro Carlos Velloso, inicialmente concedeu uma liminar (2.001) e posteriormente acolheu em parte o pedido da CONSIF para que ficasse ressalvada a não aplicabilidade do CDC ao se tratar de taxas de juros reais nas atividades bancárias bem como sua fixação em 12% (doze por cento) ao ano já que tal matéria seria exclusiva do Sistema Financeiro Nacional sendo seguido pelo Ministro Nelson Jobim que permaneceu com o processo por três anos e sete meses antes de devolvê-lo e pronunciar que votava com o Relator.

Os demais Ministros da Corte Suprema Brasileira, depois de mais de 6 anos de julgamento, votaram pela improcedência total da ação destacando que a ressalva feita pelos Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim era despicienda considerando a revogação do parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal que limitava a taxa de juros a 12% ao ano e, portanto, a desnecessidade de pronunciamento sobre matéria de competência exclusiva do Sistema Financeiro Nacional.

No caso a questão da limitação dos juros foi retirada da Constituição Federal e passara a ser regulada exclusivamente pelo Decreto Lei 22626/33 (lei da usura) que teve parte revogada pela já referida lei 4565/64 que expressamente retira a limitação da taxa de 12% de juros ao ano para instituições financeira.

Aliás, tal matéria já está sumulada pela nossa corte suprema (Súmula 592 do STF: *“As disposições do decreto lei 22626/33 não se aplicam as taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”*).

O julgamento foi um marco na defesa dos consumidores no país sendo o acórdão ementado conforme abaixo:

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 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. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, 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 na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE

RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.”

No acórdão foram abordadas de forma minuciosa cada um dos conceitos discutidos no presente trabalho, desde o conceito de consumidor até o de atividades bancárias, sendo que a conclusão foi no sentido de plena aplicabilidade da lei consumerista nos contratos bancários bastando observarmos o requisito da finalidade já que contratos bancários trazem valor econômico e são onerosos mesmo que implicitamente.

Com todo respeito a opiniões em sentido diverso também não concordamos com o afastamento do Código de Defesa do Consumidor destas modalidades de contratos (bancários).

Isso porque os contratos bancários trazem justamente produtos e serviços para, em regra, um destinatário final que visa algum benefício pessoal com as operações realizadas. Da mesma forma o banco se subsume exatamente na figura tipificada como fornecedor no artigo 3º da lei consumerista.

Ademais, são justamente os contratos bancários que na maioria das vezes são aqueles tipificados como de adesão, assim entendido como *“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”* (art. 54 da lei 8.078/90), o que no nosso entender também já poderia gerar a aplicabilidade do *codex* em discussão a fim de equilibrar as partes contratantes.

Diante do discutido acima podemos concluir que o julgamento da ADI 2591 foi um marco na discussão quanto a aplicabilidade do código de defesa do

consumidor para os contratos bancários firmados por pessoas físicas ou jurídicas com instituições financeiras deixando claro, como consta na própria ementa do julgado que *“as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”* e que *“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”*.

3.2 As principais consequências do julgamento da ADI 2591

Não precisamos de longas divagações sobre as consequências que um precedente de uma Corte Suprema traz em um sistema jurídico. O precedente criado pelo julgamento discutido no tópico anterior foi de extrema importância no Brasil passando a balizar a maioria das decisões sobre a matéria como se denota de algumas ementas abaixo transcritas a título de ilustração extraídas de diferentes Tribunais Brasileiros:

“Ementa: Apelação. Ação de restituição de valores antecipados a título de VRG em contrato de arrendamento mercantil. Preliminar rejeitada. Aplicação do CDC conforme ADI 2591. Devolução devida. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, ora reproduzidos (art. 252 do RITJSP). Precedentes do STJ e STF. Apelo a que se nega provimento.” (Apelação 467786920108260554 SP, Relator Desembargador Pereira Calças, j. 23.11.2011, 29ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo).

“Ementa: CIVIL E PROCESSO CIVIL. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA E PIGNORATÍCIA. REVISÃO DE CONTRATOS. POSSIBILIDADE. REPETIÇÃO EM DOBRO DO VALOR. DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. O Eg. Tribunal “a quo” dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. 2. A relação jurídica existente entre o contratante/usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor conforme decidiu a Suprema Corte na ADI 2591. Precedentes. 3. É possível revisar os contratos firmados com a instituição financeira, desde a origem, para afastar eventuais ilegalidades, independentemente de quitação ou novação. Incidência da Súmula 286 /STJ. 4. Tratando-se de crédito rural, em que prevista a correção monetária atrelada aos índices remuneratórios da caderneta de poupança, aplicável, em março/1990, o percentual de 41,28%,

correspondente à variação do BTNF. Precedentes. 5. O julgamento realizado de ofício pelo Tribunal de origem ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, previsto no artigo 515 do CPC por isso incabível a devolução em dobro estabelecida pelo acórdão recorrido. Precedentes. 6. Para a configuração do *dissídio jurisprudencial*, faz-se necessária a indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e o paradigma, nos termos do parágrafo único, do art. 541, do Código de Processo Civil e dos parágrafos do art. 255 do Regimento Interno do STJ. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.” (REsp 423429 RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 20.05.2010, 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça)

“Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. EXTRAVIO DE TALONÁRIO DE CHEQUES. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. - As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI 2.591/DF DO STF. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras (Súmula n. 297 do STJ). - Nos termos do art. 14 da Lei 8.078 /90, a instituição financeira responde independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes em virtude de falhas em seus serviços - A simples inclusão indevida de nome em registros de inadimplentes, sem a devida notificação prévia, enseja dano moral a ser reparado. - Considerando as circunstâncias pessoais do autor e, por outro lado, a conduta da ré que antes mesma da distribuição da presente ação, providenciou a exclusão do nome dos cadastros de inadimplentes, considera-se como adequado e razoável o valor indenizatório fixado pelo Juízo de primeiro grau. - O termo inicial para incidência dos juros moratórios deveria ser, a princípio, a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Contudo, diante da restrição do pedido formulado, os juros moratórios devem incidir a partir da citação, observado o disposto no art. 406 do Código Civil de 2002 quanto à taxa aplicável, a partir de sua vigência. - Correção monetária incidente sobre a indenização moral a partir da prolação da sentença (STJ, Súmula 362). - Recurso do autor parcialmente provido. Recurso da ré improvido.” (AC 20015101004390 Rio de Janeiro, Juiz Relator Convocado Julio Mansur, j. 02.03.2011, 5ª Turma, Tribunal Regional Federal da Segunda Região).

“Ementa: ADMINISTRATIVO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. NÃO OCORRÊNCIA DE CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. APLICAÇÃO DO CDC. ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (ADI 2591). OBSERVÂNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 9298/96 NA FIXAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM A CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Cuida-se de apelação da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de revisão de contrato de utilização de cartão de crédito firmado entre a parte autora e a Caixa Econômica Federal - CEF, para excluir do contrato a capitalização dos juros, a multa acima de 2% e a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária. O julgador sentenciante indeferiu apenas o pedido de limitação da fixação de juros de mora ao percentual máximo de 12% ao ano. 2. O entendimento disposto na Súmula 121 do STJ encontra-se mitigado em razão de a MP nº 1.963-17, de 30.03.2000 (atualmente sob o nº 2.170-36/2001) em vigor por força da EC nº 32/2001, permitir a contagem de juros sobre juros (capitalização) quando a sua periodicidade for inferior a 1 ano. 3. Não há nos autos notícia da data da contratação, a saber da possibilidade da incidência capitalizada dos juros. Contudo, a própria CEF, quanto ao alegado anatocismo, afirma

textualmente em sua apelação que não pratica na cobrança dos encargos mensais o anatocismo. 4. O STF, no julgamento da ADI 2.591, considerou aplicáveis às instituições financeiras as normas constantes do Código de Defesa do Consumidor. (...)” (AC 386000 CE, Desembargador Relator Rogério Fialho Moreira, j. 13.05.2010, 1ª turma, Tribunal Regional Federal da 5ª Região)

No campo processual destacamos que com a aplicabilidade do CDC nos contratos bancários firmados por pessoas físicas ou jurídicas conceituadas como destinatárias finais haverá sempre a possibilidade de anulação das cláusulas abusivas (art. 51 da lei 8.078/90), a possibilidade inclusive de revisão total do contrato e mesmo após a conclusão do negócio jurídico em forma de indenização (art. 6º, inciso V da lei 8.078/90), e a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII da lei 8.078/90) dentre outros diversos benefício com o intuito de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores.

Importante destacarmos que o Superior Tribunal de Justiça - STJ, que também é uma de nossas cortes superiores sumulou a matéria (súmula 297: “o código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras”).

Recentemente referida corte (STJ) também editou a súmula de número 381 segundo a qual “*nos contratos bancários é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas*”, o que no nosso entender não implica em afronta a legislação mas sim em respeito a princípios constitucionais como o do contraditório, da ampla defesa, e do devido processo legal.

Diante do exposto neste tópico podemos concluir que o julgamento da ADI 2591 praticamente pacificou a discussão sobre o tema na jurisprudência brasileira, sendo que no campo processual trouxe uma relevante proteção a parte hipossuficiente que contará com importantes instrumentos processuais na defesa de seus interesses dentre os quais destacamos a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º inciso VIII da lei 8.078/90.

3.3 A aplicabilidade da Lei de Consumo de Portugal nos contratos bancários e alguns aspectos

Em Portugal encontramos como principal diploma consumerista a lei 24/96.

Referida lei traz basicamente os mesmos princípios e conceitos que encontramos na lei 8.078/90 (código de defesa do consumidor brasileiro). Neste sentido encontramos conceitos de serviços, produtos, exigência de que o consumidor seja o destinatário final, dentre outros.

O artigo 9º da lei 24/96 expressamente consagra o direito à proteção dos interesses econômicos dos consumidores *“impondo-se nas relações jurídicas de consumo (nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos) buscando conceder a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé”*.

Ou seja, tal como no Brasil a lei de consumo em Portugal visa amparar a parte mais fraca, menos preparada tecnicamente do que o fornecedor que conhece a fundo seu negócio. Nesse sentido é que tem entendido a jurisprudência portuguesa:

“I - O conceito de consumidor, constante da Lei n.º 29/81, de 22-08, da Lei n.º 24/96, de 31-07, do DL n.º 359/91, de 21-09, da Directiva 1999/44/CE, de 25-05, e do DL n.º 67/2003, de 08-04 (entretanto reformulado pelo DL n.º 84/2008, de 21-05) tem um sentido restrito, mas coincidente, em todos esse diplomas: consumidor é a pessoa singular a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados exclusivamente a uso não profissional, por pessoa (singular ou colectiva) que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

II - É a finalidade do acto de consumo que determina, essencialmente, a qualificação do consumidor como sujeito do regime de benefício que aqueles diplomas legais regulamentam, partindo da presunção de que se trata da parte mais fraca, menos preparada tecnicamente, em confronto com um contratante profissional, necessariamente conhecedor dos meandros do negócio que exercita.

(20-10-2011 - Revista n.º 1097/04.0TBLL.E1.S1 - 1.ª Secção - Moreira Alves (Relator) - Alves Velho - Paulo Sá – Supremo Tribunal de Justiça)

Em Portugal não há dúvidas de que a lei de consumo, diante de sua principiologia, se aplica aos contratos bancários lá firmados os quais, tais como no Brasil, em regra são contratos de adesão.

As discussões quanto a sua aplicabilidade ou não, tal como ocorre no Brasil, se dará na conceituação do contratante como consumidor (destinatário final).

Destacamos que no dia 01.07.2015 os Bancos, além de possuírem a obrigação de cumprir o disposto na lei 24/96 passaram a ter que seguir o aviso nº 10/2014 do Banco de Portugal, que os obriga a, periodicamente, fornecer mais informações para qualquer consumidor que possua um crédito de consumo, cumprindo-nos transcrever trechos de referido aviso que impõe diversas obrigações às instituições financeiras frente a seus clientes consumidores:

“Artigo 1.º Objeto e âmbito de aplicação 1 - O presente Aviso estabelece os deveres mínimos de informação a observar pelas instituições de crédito e sociedades financeiras, com sede ou sucursal em território nacional, durante a vigência dos seguintes contratos de crédito: a) Contratos de crédito ao consumo celebrados ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, alterado pelos Decretos-Leis n.os 101/2000, de 2 de junho, e 82/2006, de 3 de maio, com exceção dos contratos de crédito sob a forma de facilidade de descoberto; b) Contratos de crédito aos consumidores abrangidos pelo disposto no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, alterado pelos Decretos-Leis n.os 72-A/2010, de 18 de junho, e 42-A/2013, de 28 de março, com exceção das ultrapassagens de crédito e dos contratos de crédito sob a forma de facilidade de descoberto. 2 - Os deveres de informação previstos no presente Aviso são aplicáveis aos contratos de crédito identificados na alínea b) do número anterior, celebrados por instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica, com sede ou sucursal em território nacional, nas condições e de acordo com os limites fixados pelo Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro. (...) Artigo 2.º Definições Para efeitos do presente Aviso, entende-se por: a) «Contratos de crédito»: os contratos abrangidos pelo disposto no presente Aviso, nos termos previstos no artigo anterior; b) «Cliente bancário»: o consumidor, na aceção dada pelo n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro, e pela Lei n.º 47/2014, de 28 de junho, que intervenha como mutuário nos contratos de crédito abrangidos pelo presente Aviso; c) «Instituições»: as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrónica; d) «Crédito pessoal»: o contrato de crédito com plano temporal de reembolso, montante e duração do empréstimo definidos no início do contrato, à exceção do crédito automóvel, e que abrange as subcategorias de crédito previstas na alínea a) do n.º 3 da Instrução do Banco de Portugal

n.º 14/2013; e) «Crédito automóvel»: o contrato de crédito destinado à aquisição de automóvel ou de outros veículos, com plano temporal de reembolso, montante e duração do empréstimo definidos no início do contrato, incluindo as subcategorias estabelecidas na alínea b) do n.º 3 da Instrução do Banco de Portugal n.º 14/2013; f) «Cartão de crédito»: o contrato de duração indeterminada ou de renovação automática, sem plano temporal de reembolso fixado, em que é estabelecido um limite máximo de crédito e cuja utilização do crédito é realizada através de cartão, e que abrange as subcategorias previstas na alínea c) do n.º 3 da Instrução do Banco de Portugal n.º 14/2013; g) «Linha de crédito»: o contrato de duração indeterminada ou de renovação automática, com plano temporal de reembolso fixado, em que é estabelecido um limite máximo de crédito; h) «Conta-corrente bancária»: o contrato de duração determinada, sem plano temporal de reembolso fixado, em que é estabelecido um limite máximo de crédito; i) «TAN - taxa anual nominal»: a taxa de juro, fixa ou variável, expressa numa base anual em percentagem do montante de crédito utilizado; j) «Comissões»: as prestações pecuniárias exigíveis ao cliente bancário pelas instituições como retribuição pelos serviços por elas prestados ou subcontratados a terceiros; k) «Despesas»: os demais encargos suportados pelas instituições, que lhes são exigíveis por terceiros, repercutíveis no cliente bancário, nomeadamente os pagamentos a conservatórias, cartórios notariais ou que tenham natureza fiscal; l) «Suporte duradouro»: qualquer instrumento que permita ao cliente bancário armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de modo a que, no futuro, possa ter acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas. Artigo 3.º Dever de informação Durante a vigência dos contratos de crédito, as instituições devem prestar ao cliente bancário informação completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e legível. Artigo 4.º Informação a prestar durante a vigência dos contratos de crédito: 1 - Sem prejuízo do cumprimento de requisitos especificamente estabelecidos na lei e nos regulamentos em vigor, as instituições devem, durante a vigência de contratos de cartão de crédito, de linha de crédito e de conta-corrente bancária, disponibilizar ao cliente bancário um extrato que inclua, no mínimo, os seguintes elementos: a) Período a que se referem as informações prestadas, com indicação da data de emissão do extrato anterior e do extrato atual; b) Identificação atribuída pela instituição ao contrato de crédito; c) Designação comercial do produto; d) Categoria de crédito em que se insere o contrato; e) Identificação da conta de depósito à ordem indicada pelo cliente bancário para débito dos montantes devidos no âmbito do contrato de crédito, quando aplicável; f) Limite de crédito; g) Saldo em dívida à data do extrato anterior; h) TAN aplicável, com indicação do indexante e do spread, no caso de taxa variável; i) Descrição dos movimentos efetuados pelo cliente bancário no período a que respeita o extrato e indicação do respetivo montante, no caso de contratos de cartão de crédito, bem como identificação parcial do número do cartão associado, se aplicável; j) Identificação das utilizações de crédito efetuadas pelo cliente bancário no período a que respeita o extrato e respetivo montante, no caso de contratos de linha de crédito e conta-corrente; k) Data de receção da ordem de pagamento ou data-valor dos movimentos efetuados pelo cliente bancário, no caso de contratos de cartão de crédito; l) Data de realização e data-valor das utilizações de crédito efetuadas pelo cliente bancário, no caso de contratos de linha de crédito e de conta-corrente; m) Indicação do montante dos juros exigidos ao cliente bancário no período a que se referem as informações prestadas, e, sendo caso disso, da respetiva data-valor; n) Identificação das comissões e despesas que tenham sido exigidas no período a que se referem as informações prestadas e indicação do respetivo montante; o) Moeda em que foram efetuados os movimentos pelo cliente bancário; p) Taxa de câmbio aplicada pela instituição e montante da operação após a conversão

monetária, no caso de contratos de cartão de crédito, se aplicável; q) Pagamentos efetuados pelo cliente bancário no período a que se refere o extrato com vista à reconstituição do capital nos termos previstos no contrato de crédito, com desagregação das componentes relativas a capital e juros e, se aplicável, a comissões e despesas; r) Saldo em dívida à data do extrato atual; s) Opção de pagamento definida; t) Montante a pagar, de acordo com a opção de pagamento definida; u) Montante mínimo a pagar, se for o caso; v) Data-limite de pagamento; w) Forma de pagamento acordada; e x) Outras formas de pagamento disponíveis, se aplicável. 2 - Durante a vigência dos contratos de crédito pessoal e de crédito automóvel, as instituições devem disponibilizar ao cliente bancário, previamente à data de vencimento da prestação subsequente, um extrato, que inclua, pelo menos, os seguintes elementos: a) Data do extrato; b) Identificação atribuída pela instituição ao contrato de crédito; c) Categoria de crédito em que se insere o contrato; d) Identificação da conta de depósito à ordem indicada pelo cliente bancário para débito dos montantes devidos no âmbito do contrato de crédito, quando aplicável; e) Montante do capital vencido e vincendo, à data de emissão do extrato; f) Número e data de vencimento da prestação subsequente à data de emissão do extrato; g) Montante da prestação subsequente à data de emissão do extrato, com desagregação das respetivas componentes de capital e juro; h) TAN aplicável à prestação subsequente à data de emissão do extrato, com identificação das suas componentes, se for o caso; i) Identificação de eventuais comissões e despesas, com indicação dos respetivos montantes, devidas pelo cliente bancário na data de vencimento da prestação subsequente à data de emissão do extrato; j) Montante total a pagar pelo cliente bancário na data de vencimento da prestação subsequente à data de emissão do extrato, em resultado da soma dos montantes identificados nas alíneas g) e i) do presente número. (...) Periodicidade da prestação de informação 1 - A informação prevista no n.º 1 do artigo 4.º deve ser prestada, pelo menos, com periodicidade mensal, exceto quando, no mês em causa, não tenham sido registados movimentos efetuados através do cartão de crédito, não tenha sido utilizado crédito disponível ao abrigo da linha de crédito ou da conta-corrente, ou não haja montantes a pagar em cumprimento desses contratos de crédito, devendo, em todo o caso, observar-se uma periodicidade mínima anual. 2 - A informação prevista no n.º 2 do artigo 4.º deve ser prestada com periodicidade equivalente à fixada no contrato de crédito para os pagamentos de prestações ou de outras quantias, devendo, em todo o caso, observar-se uma periodicidade mínima anual. 3 - Sempre que a informação prevista no artigo 5.º não seja prestada conjuntamente com o extrato, a mesma deve ser disponibilizada ao cliente bancário no prazo de 15 dias após a ocorrência de qualquer uma das situações aí previstas. (...)

Verificamos, portanto, que tal como no Brasil em Portugal a lei de consumo aplica-se sim aos contratos bancários desde que um dos contratantes assim seja conceituado, cabendo ainda mencionar que o Banco Central do Brasil, assim como o Banco de Portugal, também emite comunicados, resoluções que versam sobre os contratos bancários e que também protegem os consumidores.

CONCLUSÕES

Diante de todo o discutido neste trabalho enumeramos, a seguir, as principais conclusões a que chegamos:

- a) O Código de Defesa do Consumidor surgiu da necessidade de intervencionismo estatal exigido diante da massificação dos contratos de consumo, o que embora já ocorresse desde a revolução industrial com o desenvolvimento das cidades e do próprio capitalismo, tomou força no final do século XX e início do século XXI exigindo a relativização “*Pacta Sunt Servanda*” como garantia da ordem pública e social.
- b) Na legislação brasileira consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou serviço para seu próprio usufruto (como destinatário final) e fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, inclusive as que trabalham na intermediação, montagem, criação, construção, ou transformação do produto final que será colocado no mercado de consumo ou na prestação de serviços.
- c) Não poder-se-á aplicar o código de defesa do consumidor a todos os contratos bancários já que inúmeros contratos podem ser firmados, por exemplo, por pessoas jurídicas, para implementar ou incrementar sua atividade negocial, sendo possível, portanto que os contratos sejam firmados por pessoas físicas ou jurídicas que não são conceituadas como consumidores.
- d) Os objetos da relação de consumo são os produtos e os serviços, podendo os produtos serem conceituados como bens móveis, imóveis, matérias e imateriais com valor econômico e que serão utilizados por um destinatário final; e os serviços como atividades em geral

prestadas mediante remuneração com exceção daquelas de natureza trabalhista e tributárias ou fiscais; inexistindo vedação de que os contratos bancários tragam produtos e serviços nos termos preconizados pela lei consumerista brasileira, considerando a amplitude do conceito de produtos e serviços na legislação, mas relembrando que tanto no caso de produtos quanto de serviços deveremos observar os requisitos econômico (valor) e da finalidade (destinatário final).

- e) O desenvolvimento dos contratos bancários está relacionado ao próprio capitalismo sendo que tais instrumentos trarão em qualquer hipótese uma instituição financeira como parte e terão como objeto atividades bancárias.
- f) Atividades bancárias são uma gama de operações econômicas ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração de crédito com o objetivo de captar recursos junto a clientes (operações passivas) para emprestá-los a outros clientes (operações ativas) incluindo ainda serviços de naturezas diversas.
- g) O julgamento da ADI 2591 foi um marco na discussão quanto a aplicabilidade do código de defesa do consumidor para os contratos bancários firmados por pessoas físicas ou jurídicas com instituições financeiras deixando claro, como consta na própria ementa do julgado que *“as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”* e que *“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”*.
- h) Referido julgamento (ADI 2591) praticamente pacificou a discussão sobre o tema na jurisprudência brasileira, sendo que no campo processual trouxe uma relevante proteção a parte hipossuficiente que

contará com importantes instrumentos processuais na defesa de seus interesses dentre os quais destacamos a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º inciso VIII da lei 8.078/90.

- i) Tal como no Brasil, em Portugal a lei de consumo aplica-se aos contratos bancários desde que um dos contratantes assim seja conceituado, cabendo ainda mencionar que o Banco Central do Brasil, assim como o Banco de Portugal, também emite comunicados, resoluções que versam sobre os contratos bancários e que também protegem os consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*. Campinas: Bookseller, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Renato Palaia Riberia de Campos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, p. 146-147, jan.-mar. 1977.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Editora Saraiva. 4ª ed., 1993,

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, Vol. III*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Vol. III*. 10ª ed. Almedina, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2006.

MATIAS, Armindo Saraiva. *Direito Bancário*. Lisboa: Editora Coimbra, 1998.

MATTAR, Joaquim J.M. *Pacta Sunt Servanda e Rebus Sic Stantibus e a nova visão do contrato social sobre direitos e deveres constitucionalizados na defesa do meio ambiente economicamente sustentável*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RED). N. 18 – ago./set. – 2008, Salvador/BA

MORAES, Alexandre de; *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wihelm. *Contratos Bancários*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2004.

TEMER, Michel; *Elementos de direito constitucional*, São Paulo, RT, 1.982.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, Vol. II*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: CPC, 2002.

VILLAS BOAS, Regina Vera; DAMASCENA, Carine Valeriano. Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos. *Revista Direito & Paz*, Lorena, ano 06, n. 11, p. 91, 2004.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécies*. 18^a ed. São Paulo: saraiva, 2009.