

FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER

CURSO DE DIREITO

GEAN RIVER LOPES

**APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
NOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

RUBIATABA – GO

2007.

FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER

CURSO DE DIREITO

GEAN RIVER LOPES

**APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
NOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER com requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do prof. Samuel Balduino Pires da Silva.

RUBIATABA – GO

2007.

GEAN RIVER LOPES

**APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS
CONTRATOS BANCÁRIOS**

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Especialista em Direito Civil e Processo Civil: Samuel Balduino Pires da Silva

2º Examinador _____

Ms. em Sociologia: Geruza Silva de Oliveira

3º Examinador _____

Especialista em Direito Civil: Monaliza Salgado Bittar

Rubiataba, 18 de dezembro de 2007.

RESUMO

Palavra-chave

Código de Defesa do Consumidor – relação de consumo – banco/cliente – boa-fé contratual

Este trabalho procura focar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias, isto é, analisar a relação de consumo entre a instituição bancária e o consumidor, ou seja, o cliente ou usuário dos serviços, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, tendo como objetos dessa relação: o produto e serviço.

Os bancos se incluem no conceito de fornecedor, como prestadores de serviços e as atividades por ele desenvolvidas para com o público se submetem aos conceitos de produto e serviços, conforme os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o produto da instituição bancária é o dinheiro, material que o consumidor se vale para a satisfação de suas necessidades, bem como os serviços prestados.

Por ora, o presente trabalho também vem abordar a polêmica dos bancos pretenderem alterar o parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento infundado de que o mesmo é inconstitucional, e inaplicável às relações bancárias.

ABSTRACT

Key-Words

Code of Defense of the Consumer - consumption relation - bank/client - contractual good-faith

This work looks for to focus the applicability of the Code of Defense of the Consumer in the banking relations, that is, to analyze the relation of consumption between the banking institution and the consumer, or either, the customer or user of the services, that can be physical or legal people, having as objects of this relation: the product and service.

The banks if include in the concept of supplier, as rendering of services and the activities for it developed stop with the public if they submit to the concepts of product and services, as the paragraphs 1° and 2° of the article 3° of the Código de Defesa do Consumidor.

Thus, the product of the banking institution is the money, material that the consumer if valley for the satisfaction of its necessities, as well as the given services.

For however, the present work also comes to approach the controversy of the banks to intend to modify the paragraph 2° of the article 3° of the Código de Defesa do Consumidor, under the baseless argument of that the same it is unconstitutional, and inapplicable to the banking relations.

SUMÁRIO

RESUMO	3
ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO	6
I. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	8
1.1- Considerações Preliminares.....	8
1.2 - Conceitos de consumidores	9
1.3 - Conceito de Fornecedor	15
1.4 - Produto e Serviço como objetos das relações bancárias	16
II- RELAÇÃO DE CONSUMO: BANCO/CLIENTE	19
2.1 - Corrente Finalista.....	21
2.2 - Corrente Maximalista.....	23
III. DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS BANCÁRIAS	25
3.1 - Conceito de Banco	25
3.2 - Contrato: conceito e evolução.....	25
3.3 - O Contrato de Adesão Bancário e as Cláusulas Abusivas	27
3.4 - A aplicação do princípio da boa-fé para o equilíbrio contratual bancário	30
3.5 - O Princípio da vulnerabilidade nas relações bancárias	32
IV - O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS . 34	
4.1- Posição dos bancos quanto a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias	34
4.2 - Posição Majoritária	36
4.3- Posição Minoritária	37
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

Atualmente as instituições bancárias são um dos pilares mais importantes da sociedade moderna, são cruciais para o desenvolvimento do país e muito úteis a todos, seja pessoa jurídica ou física.

A importância dos estabelecimentos bancários decorre principalmente, do poder que os mesmos possuem para aumentar e circular a moeda, gerando assim riqueza para o país.

Dentre as diversas funções cabíveis aos bancos, as mais importantes são: garantir aplicações rentáveis ao capital, atualização dos recursos aplicados e, ainda permite a possibilidade de obtenção de novos recursos, tão necessários ao incremento e fomento de atividades empresariais. Além disso, é necessário ressaltar que o banco já faz parte da vida diária de qualquer ser humano, pois direta ou indiretamente, as atividades bancárias estão sempre envolvendo o cotidiano das pessoas, através do recebimento de salários ou aposentadorias, do pagamento das mais diversas contas, dos empréstimos e financiamentos, entre outros serviços.

Contudo, apesar dos diversos benefícios que as instituições bancárias podem fornecer ao homem moderno, é certo dizer que como em toda relação, vários são os conflitos existentes na relação banco/cliente, principalmente porque sendo as instituições o lado mais forte dessas relações, impõe muitas vezes aos seus clientes, cláusulas abusivas gerando um desequilíbrio e injustiça na relação.

Devido aos diversos conflitos e desentendimentos entre o banco e o cliente, muitos casos são levados ao poder judiciário a fim de que seja solucionado. E, é justamente essa questão que o presente trabalho está enfocando, ou seja, se as pessoas que utilizam produtos e serviços bancários são realmente consumidoras, embora o artigo 3º § 1º 2º da lei de consumo, prevê a definição dos dispositivos. Entretanto, grande é o debate doutrinário sobre a

incidência das normas de proteção ao consumidor nos contratos entre cliente e instituição bancária.

No primeiro capítulo o presente trabalho enfoca de forma global sobre o Código de Defesa do Consumidor, fazendo considerações preliminares que ressaltam até a sua evolução histórica no mundo jurídico brasileiro. Ainda neste capítulo é ressaltado o conceito de consumidor e fornecedor e, a relação de consumo entre o banco e o cliente.

No segundo capítulo, discorrer-se-á sobre as relações contratuais bancárias, determinando o conceito de banco, o conceito de contrato e a sua evolução no mundo jurídico, relatará também sobre contrato bancário de adesão, as cláusulas abusivas e suas conseqüências ao contratante, no caso o cliente do banco (consumidor). Ainda nesse capítulo será tratado da aplicação do princípio da boa-fé para que haja equilíbrio contratual bancário, bem como o princípio da vulnerabilidade.

O terceiro e último capítulo refere-se à incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias, discorrendo a posição dos bancos e a posição doutrinária majoritária e minoritária quanto a tal incidência.

I. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

1.1- Considerações Preliminares

O constituinte se preocupou em inserir o consumidor no amparo das garantias fundamentais e no princípio da ordem pública, ordenando ao Estado a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, ato que foi considerado um marco histórico na sociedade.

Assim, em 11 de setembro de 1990, foi criada a Lei 8.078, amparada por garantias constitucionais, o que significa, na prática, que nenhuma lei ordinária poderá revogar o seu teor, sendo nula de pleno direito qualquer norma ou ato normativo que contrarie a norma constitucional. O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor¹”. Trata-se, portanto, de uma garantia constitucional.

No entanto, sendo o Código de Defesa do Consumidor uma lei específica para assegurar e garantir os direitos do consumidor, a mesma pode ser modificada por uma outra lei que tenha os mesmos princípios e, que venha regularizar e tornar ainda mais eficaz os direitos da relação entre consumidor e fornecedor.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, destacou-se a relação de consumo, no tocante a vulnerabilidade do consumidor, este considerado parte mais fraca na relação jurídica.

Para Lucca, “*relação de consumo é aquela que se estabelece, necessariamente entre fornecedor e consumidor, tendo por objeto a aquisição ou utilização de produtos ou serviços por parte deste último*”. (1995, p. 63).

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990 (p. 54).

Indiscutível a importância de se proceder à verificação da existência ou não de relação de consumo no caso concreto, pois desse reconhecimento é que surge a possibilidade ou não de aplicação das normas elencadas no Código de Defesa do Consumidor. Caso não seja detectada a relação de consumo, poderá se tratar de relação jurídica de natureza cível, comercial, etc, reguladas por outros diplomas legais.

Segundo Donato,

O Código de Defesa do Consumidor foi concebido como instrumento necessário à proteção dos interesses das pessoas enquanto consumidores, estado, a partir desse momento, a ordem jurídica efetivamente a reconhecê-los e elencá-los como uma categoria que é sempre sujeito de direitos e obrigações. (1994, p. 32/33).

É evidente que o Código de Defesa do Consumidor tem por finalidade a proteção integral do consumidor em face do fornecedor, caracterizando a relação de consumo que é seu objeto. O Código de Defesa do Consumidor é de grande importância na sociedade brasileira, pois abrange diversos aspectos positivos dentro do ordenamento jurídico.

1.2 - Conceitos de consumidores

O artigo 2º **caput**, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe de forma clara e precisa sobre o conceito de consumidor, trazendo inclusive sua definição objetiva no próprio texto legal: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Ao buscar no Código de Defesa do Consumidor uma definição, percebe-se que esta não se apresenta de uma forma única, pois o legislador optou por apresentar outros conceitos, dividindo em consumidor em sentido estrito, consumidor - coletividade de pessoas,

consumidor - vítima e consumidor perante as práticas comerciais e a proteção contratual: o aderente como consumidor, cujo conceito está relatado logo abaixo.

a) Consumidor em sentido estrito

No dizer de Zanardo, o primeiro conceito de consumidor, disposto no art. 2º, caput, refere-se ao consumidor **padrão** ou **standard** aquele que de alguma forma participa da relação de consumo, merecendo, por essa razão, a percepção de uma tutela específica. (1994 p. 56).

Encontramos nessa legal definição, dois conceitos básicos: a relação de consumo e o destinatário final. Diante dessa definição, entende-se que, conseqüentemente, o Código de Defesa do Consumidor só atenderá, em defesa e proteção ao consumidor, se ficar configurada a relação de consumo, isto é, o produto ou serviço surgido em decorrência da relação entre consumidor e fornecedor.

Sendo assim, é a atividade do agente que vai caracterizá-lo como consumidor (destinatário final), ou seja, a atividade de utilizar um produto ou serviço, retirando-o do mercado, inserindo-se no final de um ciclo de produção e tendo em vista a atividade final.

Com relação à pessoa física e jurídica serão consideradas consumidoras desde que destinatárias finais e vulneráveis em relação à outra parte.

Ademais, o artigo 2º **caput** Código de Defesa do Consumidor, ao mencionar pessoa física ou jurídica, não fez nenhuma referência ao seu grau de desenvolvimento ou ao seu poderio econômico, pois o que se quer tutelar é a condição de vulnerabilidade, específica na relação.

b) consumidor – coletividade de pessoas

Passando à análise do parágrafo único do artigo 2º, tem-se a segunda acepção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor, ao equiparar a coletividade de pessoas que tenha intervindo nas relações de consumo, identificáveis ou não, à figura do consumidor padrão.

No entanto, o consumidor não será considerado apenas individualmente, mas sob a égide da proteção do Código de Defesa do Consumidor, no qual está incluída toda coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, desde que tenham intervindo nas relações de consumo.

Segundo Filomeno, *o que se tem em mira é a universalidade, ou seja, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a determinado produto ou serviço.* (1999, p. 38/39).

A coletividade de pessoas, que equiparada a consumidor, tem seus direitos ou interesses garantidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece, em seu artigo 6º, VI, como direito básico do consumidor a prevenção e reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos ou difusos. Prevê, posteriormente, as formas de tutela dos interesses coletivos no seu artigo 81.

No entanto o termo **coletividade** pode ser utilizado de forma ambígua, dado sua abrangência poder alcançar tanto a coletividade determinada ou indeterminada, o legislador, de forma perspicaz, considerou a coletividade como um grupo de pessoas indetermináveis, ou seja, pessoas não identificadas ou que possam sequer vir a ser determinadas, inserindo-se nessa abrangência, por evidente, a coletividade como grupo ou uma categoria de pessoas determinadas.

c) consumidor - vítima

O artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor apresenta o terceiro conceito de consumidor.

Significando dizer que, são consumidores todas as vítimas do acidente de consumo. Prevê esse artigo que *para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento* (OLIVEIRA, 2004, p. 136).

Quando o referido artigo equipara, para os efeitos da Seção II, aos consumidores todas as vítimas dos eventos danosos lá previstos, significa que mesmo quem consumidor não seja, terá a tutela da Lei 8.078/90.

Segundo Donato,

Mostra-se suficiente que a vítima, para que seja equiparada ao consumidor, tenha sido atingida em sua esfera jurídica pelos efeitos do acidente de consumo, interessando à perquirição que ora se almeja, o conhecimento de que a pessoa foi atingida em sua incolumidade físico-psíquica ou em sua incolumidade econômica. (1994, p. 195).

A Seção em que está inserido o artigo 17 trata da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço. Surge assim uma nova categoria de consumidores equiparados. Todas as vítimas de um acidente de consumo são equiparados a consumidores, responsabilizando o fornecedor que coloca produto ou serviço no mercado de consumo, que poderá vir a causar prejuízos ao consumidor.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor a Responsabilidade Civil do fornecedor é objetiva. Assim, o fornecedor responde pelos danos causados, independentemente de ter agido com culpa, como prevê a lei consumerista.

d) consumidor perante as práticas comerciais e a proteção contratual: o aderente como consumidor.

O quarto e último conceito de consumidor expresso no Código de Defesa do Consumidor é trazido pelo artigo 29, que dispõe que *para fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas* (OLIVEIRA, 2004, p. 197).

Conclui-se que todas as pessoas expostas às práticas comerciais ou contratuais são consideradas consumidoras, independentemente de qualquer outra circunstância, merecendo, portanto, a cobertura do Código de Defesa do Consumidor, pois o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja nas vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço.

É certo que através do conceito previsto no artigo 29 chegou-se a mais importante norma extensiva do campo de aplicação da nova lei, superando os limites impostos à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações com um não destinatário final, mas vulnerável.

O artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor traz um conceito de consumidor aplicável ao Capítulo V, que trata das práticas comerciais, e ao Capítulo VI, que trata da Proteção Contratual.

As práticas comerciais são tidas por muitos como: procedimentos, mecanismos e técnicas utilizadas pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o seu destinatário final.

Conforme Donato,

Práticas comerciais são técnicas, meios de que o fornecedor se utiliza para comercializar, vender, oferecer o seu produto ao consumidor potencial, atingindo a quem se pretende transformar em destinatário final: o consumidor/adquirente (1994, p. 229).

O capítulo VI do Código de Defesa do Consumidor, ao qual se refere citado artigo 29, trata da proteção contratual e arrola as cláusulas abusivas e disciplina os contratos de adesão.

Com relação ao contrato de adesão, uma das partes da relação jurídica elabora todas as cláusulas dentro de sua comodidade e a outra parte contratante, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, adere, mas, não tem espaço a discussão prévia do que está pactuado.

Enfoca-se que o contrato de adesão, definido no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, é disciplinado sempre como uma relação de consumo, já que o seu aderente, por equiparação, é sempre um consumidor. Vale abordar que o aderente não tem oportunidade para rever, ou seja, discutir as cláusulas contratuais em igualdade de condições com o fornecedor, é de se presumir sua condição de vulnerabilidade.

No entanto, qualquer pessoa exposta a uma prática comercial estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, tais como oferta, publicidade, práticas abusivas cobranças de dívidas e bancos de dados e cadastros de consumidores, bem como qualquer pessoa que faça um contrato portador de cláusulas abusivas ou que se submeta à aceitação de um contrato de adesão, é considerada consumidor e, portanto, está apta a agir como tal, fazendo uso das normas do Código de Defesa do Consumidor para defender seus direitos.

Esclarece Marques,

O sistema do Código de Defesa do Consumidor, foi construído para o fim especial de proteger os vulneráveis, os diferentes, os mais fracos, e sua origem constitucional deve ser a guia de sua interpretação: um direito do consumidor efetivo, que concretize direitos humanos, direitos fundamentais, direitos subjetivos para o mais fraco que mereceu esta tutela especial constitucional, o consumidor pessoa física. (2002, p. 313).

Desta forma, a pluralidade de conceitos acima descritos a respeito do consumidor, possibilita uma melhor adequação e flexibilização numa relação de consumo.

Nesta ordem de reflexão, para a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor é necessário identificar se há relação de consumo na transação comercial efetivada, ou seja, se existe de um lado o fornecedor (conceituado assim no artigo 3º) e de outro lado o consumidor (conceituado no artigo ou por suas equiparações), definindo assim o campo de aplicação da norma consumerista.

1.3 - Conceito de Fornecedor

O fornecedor será sempre o outro sujeito da relação de consumo; aquele que negocia com o consumidor, fornecendo-lhe o produto ou serviço.

Assim, num dos pólos da relação de consumo vamos encontrar o fornecedor que, é definido pelo artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Esclarece, Oliveira,

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que envolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou prestação de serviços”. (2004, p. 24).

Conforme se assevera da leitura do artigo, o Código de Defesa do Consumidor se preocupou em estabelecer um conceito bastante amplo das pessoas enumeradas como fornecedoras: Na realidade são todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

Consideram-se como fornecedoras as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as de quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.

Segundo Filomeno,

Pode ser o fornecedor pessoa pública, isto é, O próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvem atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços público, ou privado. Pode, ainda, o fornecedor, ser nacional ou estrangeiro, pois uma vez que este exporte para o país produtos ou serviços, estará submetido às normas pátrias. Ainda os entes despersonalizados são considerados fornecedores, sendo que por estes podemos entender os que, embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços. (1998, p. 36).

Quanto as atividades desempenhadas pelos fornecedores, são utilizados os termos “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos e serviços”. (FILOMENO, 2004, p.44).

Em síntese, a condição de fornecedor está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que coloquem aqueles produtos e serviços efetivamente no mercado. E para configurar a relação de consumo tem que haver de um lado o fornecedor e do outro lado o consumidor, ambos assumindo a relação jurídica.

1.4 - Produto e Serviço como objetos das relações bancárias

É de suma importância focar qual o objeto das relações de consumo que assume um elo entre consumidor e fornecedor. E para que seja possível essa relação é necessário a existência de um bem essencial a vida, que nada mais é que o dinheiro, o qual a moeda é utilizada para a aquisição de bens de serviços e pode ser vista como um bem, ou mais

tecnicamente, como um ativo, que possui aceitação geral e imediata como meio de troca. A moeda, como qualquer bem, é um ativo. Mas um ativo que possui uma propriedade especial, que os demais ativos não possuem: a liquidez.

Definir o que sejam produtos e serviços significa estabelecer limites e qualificações a esses elementos que estão presentes nas relações de consumo.

Na conceituação de produto, traz o Código de Defesa do Consumidor a noção de que este é um bem circulante das mãos do fornecedor para o consumidor, sendo este o destinatário final do produto, que deve ter determinada finalidade, ou fim a que se destina.

O Código de Defesa do Consumidor conferiu regime jurídico próprio aos produtos que chamou de qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial (artigo 3º, parágrafo 2º).

Desta forma, segundo o Código de Defesa do Consumidor qualquer bem pode ser “produto”, estando ambos os termos aptos a serem usados concorrentemente, desde que enquanto objeto da relação de consumo.

Nesse sentido, é precioso o enunciado do Professor Sílvio Rodrigues citado por Filomeno, do que sejam bens: *são coisas que, sendo úteis ao homem, provocam sua cupidez e, por conseguinte, são objetos de apropriação privada.* (2004, p. 47).

Segundo Nery Júnior,

O crédito seria um bem imaterial dado ao consumidor em decorrência do conceito que goza na praça, da confiança que o banco deposita, em virtude, ainda, da suficiência de seu patrimônio para garantir eventual empréstimo etc. (2004, p. 529).

O Código de Defesa do Consumidor denomina serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancárias,

financeiras, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (artigo 3º, parágrafo 2º).

Verifica-se que o banco se inclui no conceito de fornecedor, como prestador de serviço, e as atividades por ele desenvolvidas para com o público se subsumem aos conceitos de produto e de serviço, conforme o caso (artigo 3º, § § 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor).

Para identificarmos o sujeito sendo fornecedor de serviços, é indispensável que o mesmo detenha além da prática habitual de uma profissão ou comércio (atividade), também forneça o serviço mediante remuneração (considerado como requisito para adequarmos a prestação de serviços).

O objeto da relação jurídica de consumo não se restringe apenas às coisas, mas, se estende ainda as atividades ou ações humanas, desde que alguém deva fazer ou não fazer ou obrigue-se a dar alguma coisa. A essa atividade – física ou intelectual – praticada pelo homem (através do seu trabalho), possuidora de conteúdo econômico, denomina-se prestação.

Assim, temos que o Código de Defesa do Consumidor se aplica sempre que houver uma relação de consumo, sendo esta caracterizada sempre que houver um fornecedor de produtos ou serviços, ao consumidor, o destinatário final deste produto ou serviço.

No dizer de Filomeno,

[...] as atividades desempenhadas pelas instituições bancárias, quer na prestação de serviços aos seus clientes (por exemplo, cobrança de contas de luz, água e outros serviços, ou então expedição de extratos etc.), quer na concessão de mútuos e financiamentos para aquisição de bens, inserem-se igualmente no conceito amplo de serviços. (2004, p. 48).

Após examinar a relação de consumo de um modo geral, bem como seus elementos constitutivos, cumpre agora abordar a relação de consumo entre banco e cliente.

II - RELAÇÃO DE CONSUMO: BANCO/CLIENTE

Para que a relação entre banco e cliente seja considerada de consumo, e por consequência seja regida pelo Código de Defesa do Consumidor, é necessário que num lado esteja o fornecedor, que nada mais é que a instituição bancária, e no outro lado o consumidor, ou seja, o cliente ou usuário dos serviços, que podem ser pessoas físicas e jurídicas, tendo como objeto dessa relação o produto, que pode ser tanto o crédito, quanto o dinheiro, ou o serviço fornecido pelos bancos.

Nesse sentido, outro não é o entendimento de Nery Júnior:

Analisando o problema da classificação do banco como empresa e de sua atividade negocial, tem-se que considerado pelo artigo 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor como fornecedor, vale dizer, como um dos sujeitos da relação de consumo. O produto da atividade negocial do banco é o crédito; agem os bancos, ainda, na qualidade de prestadores de serviço, quando recebem tributos mesmo de não clientes, fornecem extratos de contas bancárias por meio de computador, etc. Podem, os bancos, ainda celebrar contrato de aluguel de cofre, para a guarda de valores, igualmente enquadrável no conceito de relação de consumo. Suas atividades envolvem, pois, os dois objetos das relações de consumo: os produtos e os serviços. 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 outorga de dinheiro ou crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. 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. 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 a presunção hominis, jûris tantum, de que se trata de relação de consumo, quer dizer, de que o dinheiro será destinado ao consumo. (2004, p. 526).

Verifica-se que qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, já propicia de forma clara a compreensão de que as instituições bancárias estão dentro dos limites de sua abrangência, pois fornecem produtos e os serviços, mediante remuneração, que se apresenta sob a forma de cobrança de juros, correção e taxas diversas, dependendo da natureza do crédito pretendido pelo consumidor.

O artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor confirma as disposições do artigo 3º, § 2º, pois estipula regra sobre os créditos e financiamentos ao consumidor, não deixando dúvidas sobre a inclusão dessas atividades em sua sistemática.

Art. – 52. No fornecimento de produtos e serviços ou serviços que envolva crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente [...]

Segundo Nery Júnior,

A informação deve ser dada ao consumidor previamente à celebração do contrato, na fase das tratativas preliminares. O objetivo é propiciar ao consumidor a opção firme quanto à contratação à vista ou por crédito ou financiamento. Tendo os parâmetros sobre as bases contratuais do negócio de crédito ou financiamento, o consumidor pode entender que lhe é mais vantajoso celebrar o contrato à vista. (2004, p. 613).

“A lei impõe que essas informações, além de serem fornecidas previamente ao consumidor, o sejam de forma adequada”. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 613)

Não resta dúvida sobre o enquadramento das instituições bancárias como prestadoras de serviço, devendo sempre proporcionar os serviços dentro dos limites legais, sem ferir as disposições de proteção ao consumidor; caso contrário, o contratante lesado poderá pedir a declaração de nulidade de cláusula por abusividade e, conseqüentemente, a intervenção do Estado, na relação, através da função jurisdicional.

A pessoa física que se utiliza de produtos e serviços bancários como destinatário final participa de uma relação de consumo e, por conseqüência, está amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Zanardo citada por Silva, Em se tratando de consumidor – pessoa física – não haverá de surgir qualquer dúvida.

Vale dizer, ocorrendo uma prestação de serviços bancários, onde figurem, de um lado, na qualidade de fornecedor um determinado banco comercial, e de outro, na qualidade de consumidor, uma pessoa física qualquer, que contrate objetivando uma destinação final, parece-nos evidente que essa relação jurídica se caracterizará como uma relação de consumo. A inclusão da pessoa física, enquanto consumidor, é clara, segundo o texto da lei.

No tocante às pessoas jurídicas, merecem uma avaliação mais criteriosa para serem consideradas ou não consumidoras nos moldes do Código de Defesa do Consumidor. Neste caso, dependerá da finalidade atribuída à relação de consumo, isto é, da destinação dessa contratação bancária e, a partir daí, da análise a ser realizada pelo judiciário da sua vulnerabilidade, que será analisada caso a caso.

Para exemplificar, se a empresa retira determinada quantia em dinheiro, através do contrato de empréstimo, com intuito de repassar a terceiro, de quem cobra juros, estará agindo como intermediária, e deste modo, fora do âmbito do Código de Defesa do Consumidor, ao menos como consumidora.

Mas a pessoa jurídica pode se valer desses serviços como forma de promover suas atividades, e nem por isso sendo intermediária, pois não estaria repassando o crédito. Neste caso, representando o sentido lato de consumidor, ou seja, de uma forma mais abrangente, e para melhor entendimento segue a discussão entre as correntes finalistas e as maximalistas.

2.1 - Corrente Finalista

A corrente finalista propõe que a interpretação da expressão “destinatário final”, contida no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor para definir o conceito de consumidor, seja restrita. Assim, fundamenta tal posicionamento no fato de que somente o consumidor (parte mais vulnerável na relação contratual) merece tutela. Assim, consumidor

seria o não profissional, ou seja, seria aquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família.

Para a doutrina finalista, no entender de Marques,

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para o uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço. (1995, p. 100).

Em outras palavras, a corrente finalista entende que, o destinatário final é o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), é aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, já que está transformando e utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Com base na interpretação restrita do que seja destinatário final, a corrente finalista, exclui da esfera da incidência do Código de Defesa do Consumidor o contratante que participa da relação como fornecedor, exercendo atividade profissional, produzindo o lucro.

Entretanto, os finalistas não poderiam ignorar o fato de que o artigo 2º **caput**, expressamente inclui, a pessoa jurídica, na definição de consumidor “strict sensu”. Os finalistas alegam que, para a pessoa jurídica ser considerada consumidora, deverá, necessariamente, ser destinatária final do bem ou serviço, e não utilizá-lo como meio de produção, agindo como a pessoa física não profissional, caso contrário acarretaria o alastramento do universo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor causando o desprestígio do fim especial visado pelo legislador.

2.2 - Corrente Maximalista

No tocante à corrente dos maximalistas, a autora Marques aborda o seguinte:

(...) vêem nas normas do Código de Defesa do Consumidor o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor-não-profissional. O Código de Defesa do Consumidor seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, para que as normas do Código de Defesa do Consumidor possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final, então, seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório. (1995, p. 103).

A regra do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretada de acordo com a finalidade da norma, pois permitirá definir quem são os consumidores no sistema. Mas além dos consumidores “strict sensu”, conhece a lei consumerista os consumidores – equiparados, os quais por previsão legal merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto e serviço.

Vale analisar que o profissional que atua como consumidor, ou seja, esteja em condição vulnerável far-se-á necessário alargar a visão restrita do artigo 2º, conjugando-o de forma harmônica com o princípio disposto no artigo 4º, I, do código, que reconhece a vulnerabilidade do consumidor, mesmo pessoa jurídica, diante das relações contratuais.

Sendo assim, sempre que o Judiciário se ater para uma análise em sentido lato estará restaurando o equilíbrio contratual, sem que com isto o Código seja desprestigiado.

III - DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS BANCÁRIAS

3.1 - Conceito de Banco

Os bancos exercem um papel intermediário de crédito, pois captam recursos de um lado – de quem tem disponível para investimento – e fornecem de outro – para quem necessita de recursos financeiros – fomentando; portanto, as atividades.

É nessa posição de tomar e ceder, que as instituições bancárias devem respeitar os limites estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.2 - Contrato: conceito e evolução

Com as constantes transformações, desenvolvimento e modernidade, com a capacitação dos fornecedores, o contrato em sua concepção tradicional de que seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade tornou-se reduzido.

O contrato cujo princípio máximo é a autonomia da vontade já não corresponde mais com a realidade, surge uma nova concepção contratual, em que a vontade perde a condição de elemento primordial, surgindo em seu lugar o elemento básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

Segundo Marques:

Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social. (2002, p. 176).

Com a nova concepção, o contrato passa a ser social. A manifestação de vontade se tornou reduzida, mas os efeitos do contrato na sociedade e a condição social econômica das pessoas nele envolvidas ganham importância.

Segundo Marques, “*O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade*”. (2002, p. 38).

O contrato é instrumento crucial para as operações econômicas, pois sem a sua existência as mesmas, com certeza ficariam estagnadas e a circulação de riqueza ficaria comprometida. Daí conclui-se que o contrato possui função econômica.

Ensina Gomes,

A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua tutela jurídica, portanto o direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômica-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica, só merecendo os que têm função econômica-social reconhecidamente útil. (1999, p. 20).

Nosso Código Civil não define textualmente o que sejam contratos. A doutrina traz a definição. No entendimento de Silveira, contrato é “*acordo de vontade celebrado entre duas ou mais pessoas, destinado a regular os direitos dos contratantes*”. (2004, p.11).

O contrato é um acordo de vontades de duas ou mais pessoas, para criar, modificar, ou extinguir entre si uma relação de direito. Lato senso, o mesmo que convenção. – Meio empregado na conjugação de vontade para realizar o negócio jurídico.

Para que o contrato seja válido e se desenvolva, exige-se alguns pressupostos que devam estar presente no momento da sua formação ou perfazimento. Estes pressupostos estão previstos no artigo 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

A formação do negócio jurídico depender da união de duas vontades depara-se com um contrato, que é, pois, o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos. A relação contratual, bem como a sua concepção sofreu uma evolução nesses últimos tempos, devido a criação de um novo tipo de sociedade: a sociedade industrializada, de consumo, massificada, e, em face também da evolução natural da sociedade.

Haja vista que, devido à evolução, alguns pressupostos do direito contratual deixaram de existir para dar lugar à nova realidade social. Assim, o contrato se transforma para se adequar às exigências da realidade, por isso ele é evolutivo.

3.3 - O Contrato de Adesão Bancário e as Cláusulas Abusivas

Com o crescimento da sociedade de consumo, que teve início marcante no começo do século XX, surgiu a necessidade de contratação em massa, por meio de formulários com cláusulas preestabelecidas, com o intuito de agilizar o comércio jurídico. Neste contexto não há mais lugar para as tratativas contratuais, em que as partes discutiam tópico por tópico do contrato que viria a ser formado entre elas.

Os métodos de contratação padronizados, como os contratos de adesão, tornaram-se, na verdade, uma imposição na sociedade de consumo em que vivemos. Mas é claro que, nesta forma de relações contratuais, cria-se uma desigualdade entre os contratantes, um, o autor efetivo das cláusulas, e o outro, mero aderente.

Assim, o contrato de adesão recebeu tratamento legislativo ao ser identificado no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Oliveira,

Art. 54 - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. (2004, p. 337)

De modo geral, o consumidor se sujeita ao contrato de adesão quando tem interesse em determinado bem ou serviço. E ao tentar discutir as condições contratuais, se depara com a padronização das cláusulas, escritas com linguagem de difícil entendimento, sendo que muitas vezes, o consumidor, não compreende o que está contratando, nem como está contratando; justamente esta é a questão mais delicada quanto aos contratos de adesão: o conhecimento do conteúdo e extensão do contrato por parte do cliente.

Não podemos negar que grande parte dos contratos de crédito ao consumo caem sob a forma dos contratos de adesão, concretizando-se em preenchimento de fichas, propostas e formulários de contrato.

Nesse sentido, a atividade negocial bancária tem mostrado o lado da contratação por adesão. Os bancos ao captarem seus clientes e ao proporem seus produtos, fazem de maneira genérica, em formato padrão sem a interveniência do cliente para discussão das cláusulas a serem impostas.

Vê-se clara a ausência da participação do consumidor/contratante em tais contratações e a conseqüente vulnerabilidade deste, perante o fornecedor, que se utiliza ao máximo do princípio da liberdade contratual e da autonomia da vontade, muitas vezes não obedecendo ao princípio da boa-fé nas relações contratuais.

Assim, de acordo com Wald,

O contrato de adesão deve ser redigido em linguagem acessível ao consumidor, para o seu perfeito entendimento, sendo que as cláusulas limitativas de direito do consumidor devem estar em destaque para a imediata ciência do consumidor. (2001, p. 225).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, muitos temas dedicados ao consumidor foram regulamentados, entre eles, a questão dos abusos cometidos em contratos de adesão por parte dos fornecedores de bens e serviços.

Sabe-se que o contrato de adesão, reflexos da necessidade econômico-social e da realidade de um mundo globalizado, apresentam inúmeras vantagens, possibilitando a uniformidade, a redução dos custos, a racionalização contratual.

Entretanto, sabe-se também que existem desvantagens para os contratos de adesão, ou seja, cláusulas abusivas. Esse é o grande problema do contrato de adesão, o motivo pelo qual ele é mais lembrado e criticado, é que ele dá margem às cláusulas abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem, incompatíveis com a boa fé.

A previsão de nulidade das cláusulas abusivas está prevista no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que elenca em seus incisos algumas dessas cláusulas.

O consumidor se depara com freqüentes abusos financeiros na imposição de obrigações e, infelizmente, se vê obrigado ao cumprimento da condição, tudo isso, com total ausência de equilíbrio na relação contratual bancária.

Nem se pode dizer que a cláusula abusiva seja uma consequência lógica do contrato de adesão. Pode até vir a ser uma decorrência de seu caráter econômico, em virtude de criar maior peso, maior ônus para o contraente fraco.

O contrato de adesão é propício ao surgimento dessas cláusulas abusivas, já que o fornecedor tende sempre a querer assegurar sua posição, colocando condições que romperão com a boa fé ou o equilíbrio entre as prestações de cada parte.

Como já explicado, para a proteção do consumidor, o contrato de adesão deve ser escrito de forma clara, acessível ao leitor, de modo que não crie embaraços à rápida compreensão das respectivas cláusulas.

Segundo Silva, “[...] a condição abusiva poderá ser declarada nula, não produzindo qualquer efeito e porque contraria, na circunstância, condição de ordem pública”. (2004, p. 39).

3.4 - A aplicação do princípio da boa-fé para o equilíbrio contratual bancário

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé foi introduzido no nosso ordenamento jurídico como máximo balizador das relações contratuais.

O princípio da boa-fé objetiva foi consagrado em dois dispositivos do Código de Defesa do Consumidor: no artigo 4º, III, e no artigo 51, IV.

Dispõe o primeiro dispositivo legal: Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – (...)

II – (...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor coma necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal de 1988), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

O artigo 51, IV, dispõe:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. (OLIVEIRA, 2004, p. 296)

De acordo com os dois dispositivos do direito brasileiro, o marco decisivo em matéria de boa-fé objetiva é o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990), que a consagra expressamente e a vincula, também de forma explícita, aos princípios constitucionais informadores da ordem econômica (art. 4º, III e art. 51, IV).

Admite-se que, o legislador teve a intenção de limitar a liberdade contratual, acarretando a relativização da força obrigatória dos contratos, permitindo-se um controle de seu conteúdo pela via judicial, pois a parte economicamente mais forte exerce abusivamente seu direito subjetivo de contratar, fazendo-o sem quaisquer limitações (princípio da autonomia de vontade) e violando regras estipuladas nos contratos de adesão.

Com base no princípio da boa-fé, o Código de Defesa do Consumidor tratou de tutelar a confiança e os legítimos interesses dos contratantes, procurando ajustar o conteúdo dos contratos visando a justiça contratual.

O princípio da boa-fé exerce função importante no trato dos chamados contratos de adesão, tal qual é o contrato bancário, pois justamente neste tipo de ajuste onde costumam

aparecer os maiores abusos, pelo fato de o aderente, ora consumidor, não ter o poder de alterar substancialmente o conteúdo contratual.

Segundo Silva,

Deve, portanto, o fornecedor contratante observar que em qualquer período do contrato, deve prevalecer o equilíbrio entre os contratantes pouco importando, na condição, a adesão do consumidor, pois tal princípio, como norma cogente, impera sobre a própria vontade das partes e, portanto, condição abusiva resultará afastada da relação e tudo, repetindo, no sentido de sustentar o equilíbrio necessário entre as partes envolvidas. (2004, p. 38).

Portanto, a boa-fé nas contratações bancárias procura dar equilíbrio ao contrato, afastando a prevalência, nas cláusulas, da vontade de um em detrimento do outro, restabelecendo a posição de equivalência entre o banco e o consumidor. (SILVA, 2004, p. 36).

Tem que haver boa-fé nas contratações, motivo pelo qual faz gerar o equilíbrio na relação.

3.5 - O Princípio da vulnerabilidade nas relações bancárias

O 4º artigo, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

No dizer de Casado,

(...) o banqueiro que concede crédito é fornecedor de um produto consumível (juridicamente com certeza) pelo mutuário, na qualidade de destinatário final, visto que ele irá utilizá-lo para suprir-lhe alguma utilidade (...). Mas para a definitiva caracterização de relação de consumo é necessário que o mutuário do banco apresente também a característica de vulnerabilidade. (2000, p. 32).

No dizer de Denari,

(...) a vulnerabilidade não configura elemento essencial da noção de consumidor, pois existem consumidores mais ou menos vulneráveis segundo as respectivas capacidades aquisitivas de bens de consumo. As pessoas jurídicas não cessam de ser consumidoras, muito embora ostentem menor índice de vulnerabilidade no confronto com as pessoas físicas. Nem seria justo, (...), discriminar as pessoas jurídicas, recusando-lhes das normas codificadas. (2004, p. 203).

De resto, não se mede a vulnerabilidade pelo vínculo da subordinação econômica. O consumidor não é vulnerável porque se encontra numa situação de subordinação econômica ao fornecedor, mas porque, figura no pólo passivo da relação de consumo, como adquirente do bem ou usuário do serviço.

IV - O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS

4.1- Posição dos bancos quanto a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias

As instituições bancárias fazem distinção entre o conceito de consumidor, expresso na lei consumerista e do cliente bancário. A discussão das instituições é que o “produto” do banco seria o dinheiro, e o cliente bancário não é o destinatário final deste produto a partir do momento em que retira o dinheiro para fazer compras ou realizar pagamentos. Os bancos entendem que, a loja sim, seria a destinatária final ou a pessoa a quem é feito o pagamento.

Para eles, o cliente seria intermediário do produto bancário e não o destinatário final, motivo pelo qual não se aplicaria ao cliente bancário o título de “consumidor” estabelecido na lei.

Outro fundamento utilizado pelos bancos é de que o dinheiro é simplesmente o meio de troca e circulante na economia brasileira, motivo pelo qual não deve ser considerado como bem ou produto, assim sendo não cabe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com as instituições bancárias, o correntista não é consumidor e, com base nessa tese, os bancos tentam de todas as formas descaracterizar as relações bancárias como sendo relação de consumo, a fim de que não seja regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro, cujo órgão representa as instituições bancárias, fundamenta que o Código de Defesa do Consumidor não pode reger as relações bancárias, pois os órgãos competentes para regulamentar as relações de consumo

entre banco e cliente é o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional e, ainda embasado no artigo 192 da Constituição Federal, não se pode aplicar o Código de Defesa do Consumidor, pois o mesmo se trata de uma lei ordinária e a situação em questão refere-se ao Sistema Financeiro Nacional, o qual deve ser regulamentado por lei complementar como determina o referido artigo.

O artigo 192 da Constituição Federal dispõe o seguinte: “*O Sistema Financeiro Nacional estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado no país e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar (...)*”. (JUAREZ DE OLIVEIRA, 1990, p. 207)

Uma vez que as instituições bancárias desconsideram a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, as mesmas pretendem alterar o parágrafo segundo do artigo 3º do Código, que define quem está submetido a ele entre os prestadores de serviço. O § 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor prevê o seguinte: “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”.

Sendo assim, o banco pediu a retirada da expressão "**inclusive às de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**", através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) número 2591, que tem por escopo declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, visando afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias, porém as relações de consumo de natureza bancária ou financeira devem ser protegidas sim pelo Código de Defesa do Consumidor. Esse foi o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, (nove votos a dois) julgou improcedente o pedido formulado pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 2591.

4.2 - Posição Majoritária

Segundo a corrente majoritária, a tese defendida pelos bancos, de que haveria inconstitucionalidade no § 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor é infundada, uma vez que tal dispositivo regula as relações de consumo, não sendo de forma alguma incompatível com o artigo 192 da Constituição Federal.

“[...] Wambier, afirma que os contratos bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, se caracterizada a relação de consumo isto é, que o contratante seja o próprio consumidor (inexistindo na relação qualquer intermediário)”. (GLITZ, www.navegandi.com.br).

Outra fundamentação que explica a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias, é que o produto da empresa banco é o dinheiro ou o crédito, cujo é considerado um bem juridicamente consumível, sendo, portanto, a instituição bancária, considerada como fornecedora e, o consumidor, o mutuário ou creditado. Entende-se que o bem que circula não é a moeda em si, mas o valor materializado na moeda, considerando assim, como consumidor aquele que se vale desse valor para o consumo de bens imprescindíveis a satisfação de suas necessidades, consumando a partir daí a relação de consumo com a instituição bancária.

[...] com a clareza ímpar de Cláudia Lima Marques, podemos afirmar que: “a caracterização do banco [...] está positivada no artigo 3º, **caput** do Código de Defesa do Consumidor e especialmente no § 2º do referido artigo, o qual menciona expressamente como serviços as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito”. [...] a mestre acrescenta ainda: “o Código de Defesa do Consumidor rege as operações bancárias inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois são relações de consumo”. (GLITZ, www.jusnavegandi.com.br).

Também Lopes citado por Filomeno (um dos autores do anteprojeto) acentua que:

É fora de dúvida que os serviços bancários encontram-se sob as regras do Código de Defesa do Consumidor. Não só existe disposição expressa na Lei n.º 8.078/90 sobre o assunto (art. 3º, § 2º), como a história da defesa do consumidor o confirma, quando verificamos que a proteção aos tomadores de crédito ao consumo foi das primeiras a ser criada. De outro lado, nas relações das instituições bancárias com seus clientes podem-se ver duas categorias de agentes: os tomadores de empréstimos (mutuários) e os investidores (depositantes). (2004, p. 50).

Depois de muita discussão em torno do tema, de cunho eminentemente político pois juridicamente a solução há muito se apresentava às claras, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tomou uma posição, com a edição da súmula 297, entendendo pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos referidos contratos.

Deste modo, depreende-se da doutrina e jurisprudência atuais, verdadeiras concretizações da vontade do legislador, que as instituições bancárias, estão submetidas ao controle das relações de consumo. Devendo tais entidades atentar, no momento da elaboração do contrato, para a manutenção do equilíbrio das condições, bem como para a devida transparência sob pena de declaração judicial de nulidade da cláusula com todas as conseqüências decorrentes.

4.3- Posição Minoritária

A posição minoritária alega que não há que se falar em relação de consumo nos contratos realizados entre o banco e o cliente, sob o argumento de que o crédito não poderia ser utilizado por um destinatário final, e por sua natureza, destina-se à circulação como meio de pagamento.

Outro argumento sobre a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, baseia-se na idéia de que, o crédito não pode ser negociado, sendo assim,

não haveria como consumir o dinheiro e conseqüentemente não poderia existir relação de consumo.

Conforme Wald,

O dinheiro e o crédito constituem promessa de pagamento, dando ensejo a uma circulação de mercadorias ou valores. E, efetivamente, a entrega de dinheiro sobre qualquer forma de contrato (mútuo, desconto, abertura de crédito) não constitui aquisição de produto pelo destinatário final, pois a moeda é para circulação, e só haveria operação com o destinatário final se fosse para colecionar as moedas sem repassá-las a terceiros. (2001, p. 632).

Ainda, enfatiza que o consumidor protegido pela Lei, é aquela pessoa que para as suas necessidades pessoais, não profissionais, contrata o fornecimento de bens e serviços, não os repassando a terceiros, nem os utilizando como instrumento de produção. (WALD, 2001, p. 632).

O autor Vidigal citado por Filomeno, escreveu que:

[...] quem quer que celebre qualquer desses contratos não é consumidor de coisa alguma, nem os contratos importam em consumo de bens ou na fruição de serviços relativos a necessidades humanas.

[...]. Aplicar a lei de defesa do consumidor a quem celebra contratos bancários soaria tão estranho como a aplicação do Código Penal a crianças. O Código Penal é inaplicável à crianças porque os menores impúberes não podem infringir suas normas . O Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação aos agentes de operações bancárias porque estas não cuidam do consumo e não envolvem consumidores. (2004, p. 51).

CONCLUSÃO

A discussão sobre aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades bancárias é muito importante, uma vez que a relação entre as instituições bancárias e os cidadãos que utilizam dos seus serviços e produtos é caracterizada pela supremacia do “fornecedor” sobre o “consumidor”.

Em análise das relações jurídicas entre cliente e os bancos, verificou-se a existência de desigualdades entre seus figurantes, pois os bancos atuam profissionalmente, quase sempre assumindo os deveres de dar e fazer diante de seus clientes (físicos e jurídicos), estes considerados leigos no que tange às atividades bancárias e, economicamente mais fracos e necessitados de recursos financeiros. Daí, da necessidade de contratar os clientes se submete aos negócios jurídicos bancários.

Por ora, o banco é sempre fornecedor, e, no tocante ao segundo elemento da relação jurídica de consumo – o consumidor. Vale lembrar que o artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor traz a figura do consumidor equiparado, ou seja, aquele que estiver exposto a qualquer prática comercial e a proteção contratual (contratos celebrados com os bancos) estará sujeito ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor.

No decorrer do trabalho foi apontada a crucial função das atividades bancárias na sociedade moderna e, diversos apontamentos favoráveis e contrários a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias.

Sendo assim, diante do vasto estudo em obras doutrinárias, jurisprudências, textos digitais expostos na internet, legislações, chego a conclusão que o Código de Defesa do Consumidor dever ser aplicado na busca de solucionar os conflitos da relação bancária, e gerar equilíbrio na relação.

Outro fator a ser considerado para a legal aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é que o produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, o valor, representado pelo papel moeda, é com certeza, o produto que a pessoa obtém do banco e, por conseqüência quando se adquire um produto, passa a ser consumidor. Portanto as instituições bancárias são fornecedores e aqueles que adquirem seus produtos ou utilizam seus serviços, ou fazem uso como destinatários finais são consumidores, e toda relação entre fornecedor e consumidor deve ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor, tanto é que o Poder Judiciário tem proferido diversas decisões que determinam a aplicação dos princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Códigos

BRASIL. **Código Civil de 2004**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Legislação Brasileira de Proteção e Defesa do Consumidor**. 3ª ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2004.

Livros

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor. Conceito e extensão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Altas, 1999.

GARCIA, Izner Hanna. **Ilegalidades nos contratos bancários: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor: aspectos práticos - perguntas e respostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o nove regime das relações contratuais**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2.º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª edição

NOVAIS, Alinne Arquete Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Luiz Eduardo da. **O sistema financeiro perante o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Livraria Jurídica ALFA, 2004.

SILVEIRA, Carlos Alberto da Arruda. **Contratos**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004.

SOUZA, Nali de Jesus. **Introdução à Economia**. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 1997.

WALD, Arnoldo. **Direito das obrigações. Teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Meditadores, 2001.

Textos Extraídos do www

GLITZ, Frederico Eduardo Zenerdin. O Código de Defesa do Consumidor e os contratos bancários, disponível em: <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acessado em: 10 mar. 2005.