

# Contratos Bancários nas Relações de Consumo: uma Breve Abordagem

Ludmilla Vanessa Lins da Silva

*Juíza de Direito do TJ/RJ. Professora da Escola da Administração Judiciária/RJ e da Universidade Estácio de Sá, das Disciplinas Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Pós-graduada - lato sensu -pela EMERJ.*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma abordagem acerca dos contratos bancários nas relações de consumo, examinada, num primeiro momento, sob um breve enfoque histórico-evolutivo do CDC, seus elementos e a responsabilidade civil, para depois retratá-los nos dias atuais, abordando algumas questões controvertidas.

## 2. BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA

Após dezoito anos em vigor, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor finalmente vem sendo efetivamente reconhecido e aplicado. Hoje é notório que as demandas envolvendo relação de consumo chegam a ser a maioria no Judiciário. E não é para menos, quase tudo é relação de consumo: transporte, saúde, educação, alimentação, viagem, turismo, vestuário, energia elétrica, telefonia, contratos bancários, entre outros, são exemplos de contratos que estão submetidos às regras insculpidas no CDC.

A questão do consumidor começou a ter realce entre nós nos anos 70, quando surgiram vários movimentos que envolviam a pro-

teção nas relações de consumo, consolidados com a Constituição da República de 1988, na qual, no art. 48 do ADCT, o Constituinte Originário determinou que o Congresso Nacional elaborasse um Código de Defesa do Consumidor, colocando a questão em nível de Direito Fundamental (art. 5º, XXXII).

Como Princípio Constitucional, a defesa do consumidor foi introduzida no Título VII da Constituição da República, que trata da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, V). Foi elencada entre os princípios gerais da atividade econômica, inaugurando-se, assim, a fase do dirigismo contratual econômico, pelo qual o Poder Público produz uma estratégia sistemática, de forma a participar ativamente dos fatos econômicos e das relações privadas. Nesse tipo de atuação, o Estado procura garantir melhores condições de vida aos mais fracos, atendendo aos reclamos da ordem social com vistas a reduzir as desigualdades entre os indivíduos.

### **CONTRATOS BANCÁRIOS INSERIDOS NO CONCEITO SERVIÇO**

Como toda e qualquer relação jurídica, a relação de consumo, para que possa existir, reclama também os seus elementos: os sujeitos, o vínculo e o objeto. Entretanto, na relação consumerista, os protagonistas são conhecidos como consumidor e fornecedor; o vínculo decorre da lei ou de um contrato; o objeto será sempre produto ou serviço.

Quanto aos consumidores, o CDC tem quatro definições. A primeira encontra-se no artigo 2º, *caput*, que é o chamado consumidor *stricto sensu*; a segunda está no parágrafo único desse mesmo artigo; a terceira está localizada no artigo 17 e, finalmente, a quarta, no artigo 29. Os três últimos são chamados consumidores por equiparação.

Os fornecedores de produto ou serviço estão definidos no art. 3º do CDC, que assim dispõe:

*“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação,*

*exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.*

O objeto da relação de consumo, como já destacado, é o produto ou o serviço, cujos conceitos estão nos parágrafos 1º e 2º do art. 3º do CDC.

Dispõe o art. 3º do CDC no seu parágrafo 1º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Para alguns, o CDC deveria ter utilizado a expressão “fornecedor de bens” e não “fornecedor de produto”, por ser um termo mais abrangente. Neste sentido, José Geraldo Brito Filomeno, ao analisar a questão, ressaltou: “Melhor, entretanto, no nosso entendimento, seria falar-se em “bens” e não “produto”, mesmo porque, como notório, o primeiro termo é bem mais abrangente do que o segundo, aconselhando tal nomenclatura, aliás, a boa técnica jurídica, bem como a economia política” (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** 6ª Edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 43).

Contudo, a despeito da lei ter feito uso da palavra “produto”, entende-se por este qualquer objeto que satisfaça as necessidades dos consumidores, podendo ser material ou imaterial, móvel ou imóvel, durável ou não durável, como alimentos, desde que seja destinado à satisfação do consumo.

Em seguida, temos o conceito de serviço no parágrafo 2º do art. 3º do CDC:

*“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”.*

É aqui que estão inseridos os contratos bancários. O CDC fez referência expressa às atividades de natureza bancária, securitária e de crédito. Muito embora tenha sido feita menção expressa aos serviços bancários, os bancos não admitiam ser considerados

fornecedores de serviços. Não obstante a inclusão expressa dos serviços bancários no texto da lei, para evitar possíveis interpretações que os excluíssem do conceito legal, até bem pouco tempo se discutiu a constitucionalidade do parágrafo 2º do art. 3º da lei de consumo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.591/DF. A tese foi esposada pelo Min. Nelson Jobim ao entender que os contratos de empréstimo e de conta-corrente não geravam relação de consumo, ao argumento de que o dinheiro não seria um produto, pois, na verdade, serviria para aquisição deste. Além disso, afirmou que em tais contratos não se vislumbrava uma prestação de serviço, mas uma operação bancária.

O referido Ministro, no seu voto, discorreu ainda sobre as diferenças entre o regime de proteção ao consumidor e o regime de proteção do poupador e do mutuário do sistema financeiro; fez distinção entre o usuário do sistema bancário e o cliente (correntista); destacou a existência da resolução do Banco Central que protege a relação do usuário que busca atendimento bancário.

Por fim, o Min. Nelson Jobim vislumbrou uma distinção entre os serviços prestados pelos bancos e as operações financeiras feitas por intermédio das instituições financeiras, afirmando que só no primeiro caso (serviços bancários) há incidência do parágrafo 2º do art. 3º do CDC.

Contudo, prevaleceu entendimento diverso, na linha do voto do Min. Eros Grau, acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, pela improcedência da referida ação.

De fato, afastar da definição legal de serviço a atividade das instituições financeiras, bancárias e de crédito, seria violar o Princípio da Vulnerabilidade do consumidor, verdadeiro alicerce da relação de consumo. Não mais resta dúvida, portanto, de que toda a atividade realizada pelos bancos, bem como os contratos que celebram com consumidores (destinatários dos seus serviços), estão inseridos no conceito legal de serviço, uma vez que se fazem presentes os requisitos da habitualidade e onerosidade.

O argumento de que no contrato de conta-corrente ou de empréstimo os bancos não seriam fornecedores por não ter o di-

nheiro característica de produto, já que se enquadra no conceito de produto intermediário, não merece acolhida. Não é em relação ao objeto “produto” que os bancos são fornecedores, mas sim em relação dos “serviços” prestados por eles; estão incluídos no conceito estabelecido no parágrafo 2º, do art. 3º do CDC.

Aliás, na discussão que se travou no Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do CDC às atividades bancárias e financeiras, o Ministro Eros Graus, acompanhando o Ministro Néri da Silveira, em seu voto afirmou que a relação entre o banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo, não acolhendo a distinção feita pelo Ministro Nelson Jobim.

Vale ressaltar, igualmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sumulado no verbete nº. 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Também ficou assentado pelo referido Tribunal Superior que as empresas que administram cartão de crédito são instituições financeiras - verbete nº. 283. Logo, terão a incidência do CDC.

Sendo assim, importante termos em mente que a doutrina e jurisprudência majoritariamente reconheceram a aplicação do CDC a todo e qualquer contrato oferecido pelos bancos, pelas empresas de seguro, de crédito e de financiamento, desde que, é claro, esteja presente a figura do consumidor.

#### **4. DA RESPONSABILIDADE DOS BANCOS PELO FATO DO SERVIÇO**

O Código de Defesa do Consumidor expressamente dispôs que a responsabilidade civil do fornecedor, tanto pelo fato produto quanto pelo fato serviço, é objetiva.

Mas quando haverá a responsabilidade civil objetiva do fornecedor? A resposta se encontra nos arts. 12 e 14 do CDC. Diz ali que o fornecedor responde pela reparação dos danos causados pelo *defeito* do produto ou do serviço. No caso dos bancos, por serem prestadores de serviço, a responsabilidade será pelo *defeito* do serviço.

O § 1º do art. 14 expressamente define o serviço defeituoso como sendo aquele que não oferece a *segurança* que dele legitimamente se espera. Eis aí o dever de segurança imposto a todos

que executam atividade de risco. Na parte final do art. 14, *caput*, está destacado o dever de *informação*, cuja omissão caracteriza *defeito* do serviço ensejador do dever de indenizar.

O Código de Defesa do Consumidor permitiu causas excludentes da responsabilidade do fornecedor; contudo, deve-se ter em mente que é o próprio fornecedor que tem o dever de prová-las, ou seja, o ônus da prova é exclusivamente seu. Isto porque a lei expressamente estabeleceu, no parágrafo 3º do art. 14, a inversão *ope legis*.

Para excluir o seu dever de indenizar, terá o fornecedor que provar:

- a) *Que não colocou o produto no mercado de consumo. Por conseguinte, não responde por não existir qualquer relação entre a atividade do fornecedor e o dano sofrido pela vítima;*
- b) *Que colocou o produto no mercado de consumo, porém inexistente defeito no seu produto;*
- c) *Culpa exclusiva da vítima;*
- d) *Culpa exclusiva de terceiro.*

A propósito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro firmou o entendimento no sentido de que o fato de terceiro, quando equiparado a um caso de fortuito interno, não exclui o dever de reparar, visto que, neste caso, inclui-se no risco da atividade, conforme se verifica do enunciado transcrito abaixo, *in verbis*:

*“Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar. Justificativa: O fortuito interno não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque faz parte do risco da atividade”. (Ref.: REsp 56502/MG, STJ, 4ª Turma, DJ de 24/03/1997, p.9021; ApCiv 2004.001.12501, TJERJ, 9ª C.Cível, julgada em 29/06/2004; ApCiv 2003.001.29710, TJERJ, 8ª C.Cível, julgada em 17/02/2004).*

Assim, haverá casos em que o dano, embora tenha decorrido de um caso fortuito ou de um fato de terceiro, que em princí-

pio seriam causas excludentes da responsabilidade, não excluirá a obrigação de indenizar do fornecedor, por serem decorrentes da atividade do fornecedor, um fortuito interno que não afasta a responsabilidade.

## 5. QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENVOLVENDO CONTRATOS BANCÁRIOS:

Diante da análise acima exposta e com referencial na aula ministrada pelo Dr. Paulo Maximilian, iremos abordar, de forma sucinta, as questões postas em discussão.

### 5.1. Contrato de Cofre

O contrato de cofre bancário é um tipo de contrato cuja natureza jurídica é controvertida, exatamente pelas características desse contrato. Aqui o fornecedor, no caso, o banco, não sabe do conteúdo depositado pelo consumidor/cliente no cofre. Aliás, esta é a característica mais relevante do contrato. Por isso na doutrina há quem entenda ser um contrato genuíno, no qual existe uma cláusula de segurança.

O entendimento do Professor e Desembargador Sergio Cavaliari Filho, exposto em sua obra **Programa de Responsabilidade Civil** parece-nos correto quando diz que no contrato de cofre há uma cláusula de segurança que constitui a sua essência, o seu objeto específico, que gera, portanto, uma obrigação de resultado, próxima ao risco integral, sendo ineficaz a cláusula de não indenizar. E uma vez ocorrida a ilícita subtração dos objetos que estavam no interior do cofre, por qualquer motivo, não tem o cliente de fazer prova da culpa do banco, porquanto a responsabilidade é objetiva por violar o dever de segurança; nem a mesma será afastada pelo caso fortuito ou força maior. A ocorrência do furto ou do assalto, por si só, evidencia falha na segurança e vigilância do banco (Ed. Atrás. 8º ed., p. 407/408).

Também se discute, neste tipo de contrato, o ônus da prova do dano no caso de furto ou assalto ao banco. Embora haja relação de consumo, o certo é que não se pode imputar ao fornecedor o dever de provar o que havia no interior do cofre. Por isso, enten-

demos que, quanto aos objetos que estavam depositados no cofre, essa prova recai sobre o próprio consumidor/cliente.

A cláusula de limitação de valor é, na verdade, uma limitação ao direito do consumidor, portanto, válida. É bom lembrar que o Código de Defesa do Consumidor não vedou a limitação do direito do consumidor - art. 54, parágrafo 4º -, apenas exigiu que o fornecedor, com base nos Princípios da Boa-Fé, Informação e Transparência, ao inserir uma cláusula desta natureza, o faça redigindo com destaque, a fim de permitir a imediata e fácil compreensão pelo consumidor. Outra coisa distinta e, portanto, abusiva, é a limitação da obrigação do fornecedor. Havendo uma cláusula que limita a obrigação assumida pelo fornecedor, esta é nula de pleno direito por ser considerada abusiva - art. 51, I.

Igualmente não é válida a chamada cláusula de não indenizar por ser considerada abusiva, já que afasta do fornecedor o dever de segurança - art. 51, I.

## **5.2. Contrato de Conta-Corrente**

Segundo o afirmado pelo Dr. Paulo Maximilian, nos contratos de conta-corrente estão inseridos a conta-salário, a conta especial e a conta-poupança.

Assim, como já analisado, no contrato de conta corrente, não importando as variações acima, há relação de consumo, o que faz erigir a responsabilidade objetiva quando ocorrer a violação dos deveres de segurança ou de informação.

Destarte, se a conta é salário, mas o consumidor/cliente, sem ter conhecimento, adere a outros serviços, tais como cheques, cartão de crédito etc., e os utiliza, o banco não poderá cobrar tarifa pelo uso dos referidos serviços, por violação do dever de informação.

A questão da abertura de conta com documentos falsos já foi amplamente discutida na jurisprudência. Hoje é praticamente pacífico que os bancos respondem pelos danos causados àquele que foi negativado sem que tivesse qualquer relação com as instituições financeiras, pois estas são responsáveis por proceder a uma análise minuciosa acerca dos dados cadastrais dos consumidores. A propósito, sobre o tema, já decidiu a 13ª Câmara Cível do Tribunal

de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se verifica da ementa que transcrevo abaixo:

*“RESPONSABILIDADE CIVIL. Negativação indevida em Cadastro Restritivo de Crédito. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Consumidor por Equiparação. Dano Moral. Arbitramento. Fato Negativo. Prova Impossível. Fato de Terceiro Não Configurado.*

*Se o autor da ação alega inexistir relação contratual, não lhe cabe fazer prova de fato negativo. Ao réu é que caberá provar o inadimplemento do autor.*

*Responde o fornecedor de serviço pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, sem indagação da culpa. Deve o fornecedor dos serviços observar as normas de segurança da sua própria atividade. O fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando é causa exclusiva do dano, não se configurando quando o evento ocorre em razão de procedimento adotado pelo próprio fornecedor.*

*A indenização deve representar compensação razoável pelo constrangimento experimentado, levada em conta intensidade da dor, pena de causar um novo ilícito e um enriquecimento sem causa.*

*Indenização que deve ser reduzida, de forma a se adequar a casos semelhantes, já apreciados por esta Câmara.*

*Provimento parcial de ambos os recursos”.*

Outro ponto igualmente relevante diz respeito aos cheques falsificados. À luz dos princípios cardeais inseridos no CDC, devem os bancos suportar o prejuízo decorrente de qualquer modalidade de ilícito desta natureza. O Des. Sergio Carvalieri afirma que “o dinheiro entregue por engano, é do banco, e *res perit domino*” (ob. cit. p. 403). No mesmo sentido é o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no verbete nº. 28.

Quanto aos saques indevidos nas máquinas fornecidas pelos bancos, cremos que os bancos deverão ser responsabilizados, pelos seguintes motivos: a uma, porque se trata de atividade de

risco com responsabilidade objetiva; a duas, porque os saques indevidos são considerados fortuito interno, pois decorrem da falta de segurança dos bancos, portanto, inseridos na sua atividade; a três, porque há violação do dever de segurança, já que o serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Ora, se o fornecedor coloca máquinas com dinheiro à disposição do consumidor, tem o dever de oferecer a segurança, não podendo ser esta obrigação suportada pelo consumidor; a quatro, porque sendo do conhecimento dos bancos ilícitos desta natureza, eles têm o dever de se modernizar a fim de evitar o dano. Por isso, há que se entender que tais máquinas deveriam ser equipadas com câmera. Hoje é possível ver publicidade de bancos mostrando máquinas com leitura das digitais, o que não é nenhuma novidade, haja vista que, até em academias, maquininhas com leitura de digitais são instaladas.

### **5.3. Contrato de Cartão de Crédito**

Tema igualmente relevante é o contrato de cartão de crédito. Embora se reconheça que as instituições de crédito têm personalidade jurídica diversa da das instituições bancárias, ninguém discute que entre elas há uma atividade de fomento. É o banco que indica a instituição de crédito aos consumidores, permitindo, ainda, que seja colocada a sua logomarca no cartão de crédito, dando a impressão aos consumidores de que estão contratando com o banco. Portanto, com base no parágrafo único do art. 7º do CDC e na Teoria da Aparência, entendemos que são solidários.

Em suma, a responsabilidade civil das instituições de crédito é objetiva, por se tratar de relação de consumo, e os bancos são responsáveis solidários pelos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes da prestação de serviço.

## **6. CONCLUSÃO**

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, fundado em razões de equidade e justiça, estabeleceu a responsabilidade objetiva para o fornecedor de serviço pelos riscos da atividade, em decorrência do dever de segurança e informação.

Tratando-se o CDC de uma norma de ordem pública e interesse social, o que faz com que seja um diploma mais efetivo no combate à abusividade praticada pelos fornecedores de serviços, o fortuito interno não exclui o dever de indenizar os danos decorrentes do defeito na prestação do serviço.

Os princípios da Segurança, da Informação, da Transparência e da Boa-Fé Objetiva norteiam os contratos bancários, pelo que, impossível afastá-los do dever de segurança. Por consequência, não pode o fornecedor querer que o consumidor venha a suportar o risco decorrente da atividade de lucro prestada por ele. O direito de proteção do consumidor está amplamente reconhecido na doutrina e na jurisprudência.

Norberto Bobbio disse: “o problema dos direitos não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992).

E é o CDC, com seu reconhecimento gradativo, o diploma legal de que se valem a sociedade e o Poder Judiciário para regular as relações em massa, nestas inserido o contrato bancário. 📄