

NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO BANCÁRIO *

LUIZ ZENUN JUNQUEIRA

1. Introdução — 2. Contrato bancário — 3. Missão do Juiz — 4. Saldo devedor — 5. Comissão de permanência — 6. Multa contratual — 7. Aval — 8. Verba Advocatícia — 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A matéria que se aborda nesse artigo é relevante e atual. As controvérsias a respeito da verdadeira natureza jurídica do contrato bancário não são poucas, invocando-se teorias que, a rigor, não tratam propriamente dessa modalidade de contrato, cingindo-se, mais, às dificuldades operadas no seu curso, mercê do fenômeno da inflação existente no País.

Impõe-se, pois, enfrentar o tema desde o nascimento do contrato bancário, dirimindo dúvidas acerca da sua categoria jurídica e sua essência, com ampla abordagem das obrigações que nele são prévia e antecipadamente estabelecidas.

Não se pretende inovar no assunto. Visa-se, contudo, situá-lo dentro de rigorosa concepção jurídica, sem perder de vista a gravidade por que passa a vida econômica e social do País.

O objetivo desse trabalho é o de despertar a consciência dos que, de um ou outro modo, têm que interpretar o contrato de empréstimo bancário, onde pontificam, sem embargos, abundantes e duras cláusulas já impressas, a fim de se obter segura e pronta solução da difícil tarefa.

Importa ressaltar que a opção analítica, quase sempre, ou se apegua à clássica definição do contrato ou se invoca a vetusta teoria da imprevisão, quando, decididamente, nem uma nem outra se prestam à exata compreensão e resolução desse estilo contratual.

Examinemos, então, com humildade científica, a natureza jurídica do contrato bancário, tal como ela é, com enfoque adequado e posicionamento jurídico que entendemos ser o mais correto.

2. CONTRATO BANCÁRIO

Trajano de Miranda Valverde, já na década de 1940, em Conferência pronunciada no Instituto dos Advogados de São Paulo, a respeito da “Evolução do Direito Comercial”, quanto aos “contratos bancários” advertia que: “Atualmente, porém, as fórmulas dos contratos bancários mais comuns, como de abertura de crédito, simples ou em conta corrente, com ou sem garantias, de adiantamentos etc., tendem à uniformização. E comercialistas há que já os incluem na categoria dos contratos de adesão. Realmente. O cliente limita-se, em regra, a aceitar as

* Este artigo é dedicado ao saudoso Prof. Ronaldo Cunha Campos.

condições constantes das fórmulas impressas, cujos poucos claros se destinam ao nome, à fixação do prazo, dos juros e das comissões” (RF 92/640).

O “contrato bancário” contém mesmo inúmeras cláusulas redigidas prévia e antecipadamente, com nenhuma percepção e entendimento delas por parte do aderente. Efetivamente — é do conhecimento geral da pessoa de qualidade média — os “contratos bancários” não representam natureza sinalagmática, porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente com relação ao suposto conteúdo jurídico, pretensamente convencionado com o credor.

Dos “contratos bancários” não fluem a mais mínima estipulação exata na sua redação nem um negócio de risco comum, avultando-se, sim, contraprestações desproporcionais, tão desvantajosas ao aderente que se confirma ser ele presa da pressão do credor e dos acontecimentos circundantes e circunstanciais.

Não se cuida de dificuldades surgidas no curso de um “contrato de empréstimo bancário”, muito menos de modificações operadas pela desastrosa inflação, velha e revelha, antiquíssima, mas do desrespeito e da infidelidade do credor, já no momento mesmo da celebração do “contrato”, ávido pela exploração consciente da desgraça alheia, rompendo-se, no seu nascedouro, a noção de boa fé e dos bons costumes.

Destarte, do só fato de uma parte permitir que a outra “contrate”, em estado de aflição, contraprestações intoleráveis e onerosíssimas, sujeitando-a a toda e qualquer sorte de cláusulas unilateralmente preestabelecidas, comprova-se, *quantum satis*, que ao credor interessa sobretudo a penúria do devedor, quando lhe impõe, assim, obrigações exageradas, injurídicas, anti-sociais e injustas.

Anotou o Prof. Inocêncio Galvão Teles, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em “Aspectos comuns aos vários contratos” que:

“O liberalismo econômico, que fez dos contratos o reino da liberdade, não tardou a mudar-lhes a face. A liberdade transporta em si o germe da autodestruição; no seu desenvolvimento natural tende a limitar-se e, até, aniquilar-se. Só uma sociedade de pequenos proprietários, onde todos tivessem o mesmo ou aproximado poder econômico e social, é que a liberdade jurídica de contratar poderia representar para todos uma igual liberdade de fato.

“Mas a economia livre converteu-se em economia capitalista; acumularam-se capitais, concentraram-se empresas, e no horizonte da vida econômica fez a sua aparição de uma nova espécie de contratantes, agrupamentos gigantescos prontos a impor o seu poderio a uma multidão de indivíduos isolados e inermes.

“Nesta luta desigual o contrato, fruto de liberdade, tornou-se instrumento de opressão. A liberdade passou a ser unilateral: o poder do mais forte de esmagar o mais fraco. Fora ela que possibilitara o predomínio econômico dos grupos e estes destruíram-na. A liberdade gerou o capitalismo, o capitalismo matou a liberdade.

“Essa nova espécie de contratantes trouxe consigo uma nova espécie de contratos — os contratos de adesão. Os agrupamentos todo-poderosos redigem unilateralmente e impõem à outra parte o texto da convenção, à semelhança do legislador que faz lei. É a ditadura econômica do capital” (RF 138/40).

O “contrato bancário”, objeto de processo de execução forçada, tem em si pesadíssima sobrecarga de cláusulas, unilaterais e predispostas, sem prévio debate sobre elas, traduzindo-se num conteúdo de relações jurídicas excessivamente duras, como a “comissão de permanência”, a “multa contratual”, os “juros”, a “verba advocatícia”, entre outros encargos, que colocam o devedor numa “camisa de

força”, razão pela qual, no fundo, *há um invólucro com aparência de contrato*, ou, como anota Inocêncio G. Teles:

“O contrato-adesão em parceria ao lado do contrato-duelo. As convenções agora não são todas feitas “por medida”, há as também fabricadas “em série”. A pré-redação substitui a discussão livre. O novo tipo de contrato, na imagem de Jossierand, é como a chapa fotográfica de que se pode tirar um número definido de provas. A “standardização” niveladora não escapam sequer os produtos da autonomia da vontade”.

“Os contratos de adesão, abrindo fundo desnível entre as posições e papéis dos contraentes — um, autor efetivo das suas cláusulas; o outro, simples aderente — ameaçam o equilíbrio contratual e põem a supremacia do primeiro onde devia imperar a harmonia dos dois” (RF 138/44).

O problema do modelo contratual estereotipado não nasceu da situação de inflação, mas deriva da conduta desonesta da parte forte e poderosa, sendo incessante a *ganância* das instituições financeiras e bancárias com relação aos “contratos bancários”.

Por isso mesmo, os Juizes americanos e ingleses, a despeito de cláusulas injustas e arditosas, anotam, com certa dose de humor, a necessidade de se pôr nestes “contratos de adesão” uma menção, em vermelho, iguais às sugeridas nos maços de cigarros nos Estados Unidos: “Atenção, estas cláusulas são perigosas para os seus interesses” (RF 257/39).

A propósito, Carlos Alberto da Mota Pinto, descrevendo a respeito destes “contratos de adesão”, após exato quadro dos agrupamentos todo-poderosos, até mesmo monopolistas e oligopolistas, diz mesmo que:

“As tendências organizatórias em que esse processo se plasma, não se estendem apenas ao plano técnico, científico, econômico ou laboral. Não lhe poderão escapar também as relações jurídicas com terceiros, designadamente com os clientes. A uniformização das condições contratuais respectivas — a tipicidade ou “standardização” dos contratos correspondentes — constitui a forma necessária da racionalização neste domínio. Assim se gera o fenômeno da predeterminação unilateral das cláusulas contratuais, pois o regulamento contratual “standardizado” vem a ser elaborado pela empresa ou por uma associação de empresa. Sendo os homens e as coisas o que são, a elaboração da disciplina contratual por um só, e sempre o mesmo, contraente dos milhares de contratos futuros a que esse ordenamento se destina constitui um meio — não desaproveitado — para ditar uma regulamentação de interesses favoráveis a essa parte. Na verdade o autor da estipulação normalizada a que a outra parte se limitará a aderir, ou seja, a empresa estipulante, encontra-se relativamente ao cliente singular, numa situação de força propícia à exploração, à lesão ou ao desfavorecimento. Posição de força e debilidade decorrente, desde logo, da circunstância de, muitas vezes, o particular se encontrar perante uma empresa monopolista, oligopolista ou com grande poder econômico (o *bargaining power* dos americanos) com a qual se vê forçado a contratar, não tendo alternativa em virtude da sua necessidade dos bens — mesmo que haja várias empresas do ramo, o cliente não encontra quem lhe esteja disposto a fornecer em melhores condições aquilo de que necessita.

“O utente do serviço ou o consumidor do bem fornecido mediante o contrato de adesão encontra-se, ainda, por outra razão, na situação de parte mais fraca relativamente ao seu contratante. É que, normalmente, não se apercebe das cláusulas que lhe são desfavoráveis, por estas estarem disseminadas no extenso e com-

pacto conteúdo do contrato, por estarem impressas em caracteres minúsculos, por não ter tempo para as ler ou confiar, pura e simplesmente, no conteúdo eqüitativo do texto escrito. A inferioridade do aderente resulta, ainda, igualmente da circunstância de a iniciativa da predeterminação das cláusulas pertencer à outra parte, o que lhe permite circunscrever os limites das suas vinculações e prever todas as eventualidades e vicissitudes na execução do contrato.

“A diferenciação entre “forte” e “fraco” resulta, pois, também do fato de o estipulante ter feito uma previsão refletida, alicerçada na experiência, dos seus interesses contratuais, tais como estes se ligam a uma operação reiterada, de realização múltipla e indiferenciada, e o aderente fazer uma operação avulsa, na elaboração de cuja disciplina não participou e na qual procurava, pura e simplesmente, uma prestação em condições acerca de cuja definição confia na outra parte.

“Normalmente, portanto, o cliente cede ao regulamento contratual pré-elaborado pelo fornecedor, sem sequer o ler. Todo aquele conjunto de regras está normalmente impresso em caracteres tão miúdos e densos que logo sugere a decisão de não ler. Se se trata de bens ou serviços cuja aquisição não é normalmente precedida de um contato prolongado entre os interessados, a tentação de assinar sem ler é reforçada em muitas pessoas pela impressão de que se lêem não se comportam como o consumidor normal e são olhadas de soslaio.

“Acresce que o cliente duvida da sua capacidade para compreender as fórmulas técnicas e complicadas em que as condições do contrato, muitas vezes, se oferecem. Outras vezes é o tempo que lhe escasseia para estudar uma regulamentação cuja leitura carece de ser feita refletidamente — decide, por conseguinte, não ler.

“Aliás, mesmo que lesse e compreendesse em todo o seu sentido e alcance o regulamento do contrato, só lhe restaria, na hipótese de desacordo com uma ou mais cláusulas, a perspectiva de uma longa, aborrecida e, talvez, pouco amistosa discussão, ao cabo e ao resto, inútil, pois também o empregado ou representante do fornecedor está vinculado a fazer valer as condições gerais constantes do impresso do contrato. Acontece, ainda, que o cliente acredita, amiúde, estar perante uma regulamentação eqüitativa, tradutora de uma ponderação e um tratamento equilibrados dos interesses contrapostos. Finalmente, mesmo se leu e compreendeu e protestou sem resultado, adere ao regulamento por precisar do bem ou serviço, com vaga esperança de não se verificar a eventualidade desfavorável.

“Necessidade, falta de conhecimento, ingenuidade, tudo concorre para tornar mais fraca a posição do cliente. Em face dela a empresa, autora do padrão de todos os seus contratos, tem a superioridade resultante destas deficiências da posição do cliente, bem como as vantagens da sua qualidade de ente organizado e, em muitos casos, poderoso, em contraste com a dispersão e, em muitos casos, debilidade social e econômica dos consumidores.

“Posto perante o dilema de se entregar às condições pré-formuladas pelo fornecedor ou ficar privado do bem ou serviço pretendido, *o cliente não manifestou uma aceitação ou livre acordo. Aderiu, ou melhor, submeteu-se ou sujeitou-se — e o Direito não pode minimizar esta situação sociológica de submissão ou sujeição e continuar a proceder como se se estivesse perante uma normal aceitação, a não ser . . . a não ser que o Direito se queira comportar como uma arte de negar com método as realidades sociais*” (o destaque não é do original — *Contratos de Adesão*, in *RF 257/33* e ss.).

Sujeitando-se a vontade do aderente ao poder do credor, conclui-se que não concorreu um acordo de *duas* vontades movidas por interesses opostos, *mas pura adesão mecânica*. Torna-se imperioso ressaltar que, dentro da definição clássica do contrato, não se pontificaram os elementos essenciais à sua conformação, já que, segundo Corbin, como refere o Prof. João Baptista Vilela: "... a palavra denota, no seu uso comum, três coisas diferentes em várias combinações: 1.º) a série de atos operacionais das partes, exprimindo seu acordo, ou uma parte destes atos; 2.º) o documento material onde este acordo vem expresso, e que, por isto mesmo, supõe a celebração de atos anteriores, traduzindo a intenção das partes; 3.º) as relações legais resultantes dos atos operacionais das partes, a que se prefere chamar aqui situação contratual" ("Por uma nova teoria dos contratos", in *RF* 261/28).

O "contrato bancário", por esse prisma, é decididamente *nulo*, até porque lhe falta consentimento livre e consciente (arts. 82, 130, e 145, III, do CC).

Interessante é que o teórico do direito, hesitante em visualizar uma nova concepção contratual, "desromanizada", insiste em dar *validade* ao "contrato bancário" desconformado daquele velho modelo, criando para si embaraçosa situação.

De todo modo, importante é não perder de vista que longe vai o tempo do *Pacta Sunt Servanda*, não podendo o jurista apegar-se à vetusta cláusula do Direito Romano, uma vez que o novo estilo de contratualidade superou a soberania da vontade, não guardando os tempos modernos nenhuma semelhança com o mundo econômico e social de outros séculos.

Daí ser possível aventar-se a hipótese de que, no contrato de adesão, se o aderente não tem liberdade contratual, nele, contudo, existe o consentimento das partes, embora uma dessas é submissa, concluindo-se, então, pela sua *validade*.

Todavia, mesmo neste caso, não se pode ouvir serem *inoponíveis* as cláusulas flagrantemente irrazoáveis e ilegítimas predispostas por um dos contraentes em formulário impresso, como a "comissão de permanência", os "juros", a "multa contratual", a "verba advocatícia", a "correção monetária", entre outras, todas cumulativas, tradutoras de despótica e insaciável vontade do credor, sacrificando-se, exageradamente, a parte dominada, mais as exigências do bem comum e da Justiça, como adverte o Prof. Inocêncio Galvão Teles, in *RF* 138/48.

De fato, a tirania econômica resultante das relações pré moldadas no "contrato bancário" é condenada por toda consciência honesta, devendo o titular do direito lembrar, sempre, no momento da sua "celebração", entre outras coisas, que:

"No contrato de adesão — nesse "contrato sem combate", como exprime *Per Roux* — o aderente está desarmado, a sua liberdade contratual pode servir aí para criar uma ordem econômica e jurídica privada e para submeter ou oprimir o aderente.

"A doutrina, a jurisprudência e a legislação não devem reagir, perante esta realidade, com uma "fuga" para abstrações e princípios de liberalismo econômico e individualismo jurídico à outrance. Importa proteger o destinatário das condições negociais.

"O primeiro critério de proteção deve ser atuado através de um controle judicial, destinado a garantir o conhecimento das cláusulas e, sobretudo, a justiça intrínseca do seu conteúdo. É esta uma defesa indispensável, útil e verdadeiramente insubstituível" ("Contratos de adesão", Carlos Alberto da Mota Pinto, in *RF* 257/42 e 43 — grifamos).

Carlos Alberto da Mota Pinto, a respeito da Jurisprudência americana, inglesa, alemã, belga, suíça e francesa no que concerne às cláusulas excessivamente onerosas, cumulativas, reunidas num só e mesmo “contrato”, por vontade exclusiva do credor, como sói acontecer no “contrato bancário”, enfatiza ser necessária a defesa do particular contra a sistemática e egoísta imposição de cláusulas abusivas e injustas dos contratos de adesão. Assim é que contra a prepotência do credor afoito e insensível aponta que: “O controle judicial das cláusulas dos contratos standard é importante e irrenunciável” (RF 257/38).

As múltiplas obrigações aninhadas unilateralmente nos “contratos bancários” comprovam que o credor não se satisfaz apenas com a remuneração do objeto do seu trabalho (a moeda), já de si excessiva, tanto que nele produz, disfarçadamente, multa contratual, honorários de advogado, correção monetária ou outra qualquer forma de variação do padrão de moeda, disso decorrendo inescusável *abuso do direito*, que se caracteriza, como ensina Paulo Dourado de Gusmão: “. . . não só pela violação dos princípios éticos, como também pela transgressão dos postulados econômicos, e dos interesses da coletividade, para os quais a ordem jurídica deve ser como que uma armadura histórica” (RF 118/364).

O espantoso e notório fenômeno da inflação, existente no País há mais de 50 anos, em maior ou menor escala, não serve de pretexto para a cobrança daquelas múltiplas e inequívocas obrigações, muito menos ao credor é dado esconder-se sob a capa das taxas de juros que paga no mercado financeiro, pois, se não fossem aqueles onerosos e intoleráveis encargos, certamente as instituições financeiras e bancárias não conseguiriam alcançar nem os lucros reais nem as expansões desenvolvimentistas, como polvo, em todas as atividades: industrial, comercial, agrícola etc.

Não foi sem razão que o Prof. Sérgio Eduardo Dias da Silva, na “apresentação” de sua obra *Como Negociar com Bancos*, ressaltou, depois de breve exposição de alguns fatores, que: “Daí se conclui, então, existirem outras fontes de rendas dos Bancos, destinadas a atender aos reclamos desses gastos, muitas vezes supérfluos e, várias vezes, comprometedores do equilíbrio econômico do País” (Saraiva, 1.ª ed., 1987).

O *Jornal do Brasil*, de 27.9.87, 1.º cad., p. 33, trouxe a seguinte manchete: “*Lucro dos Bancos é o mais alto dos últimos 5 anos*”. Reproduziu, num quadro sintético, o lucro bruto dos 10 maiores Bancos privados nacionais, inclusive quanto ao 1.º semestre de 1987.

Lucro bruto em CZ\$ milhões constantes ¹

BANCOS	2.º Sem., 82	1.º Sem., 83	2.º Sem., 83	1.º Sem., 84	2.º Sem., 84	1.º Sem., 85	2.º Sem., 85	1.º Sem., 86	2.º Sem., 86	1.º Sem., 87
1. Bradesco	3.775	4.444	5.693	4.396	7.091	8.900	10.409	5.860	6.530	12.184
2. Itaú	799	1.047	1.163	1.993	4.159	3.573	5.304	2.886	2.719	5.635
3. Unibanco	464	483	718	459	598	525	1.203	1.161	1.387	2.191
4. Safra	2.169	3.883	1.610	1.510	1.274	1.254	2.064	1.890	2.458	2.858
5. Real	944	1.798	2.617	1.288	1.662	1.746	2.015	1.276	1.527	4.489
6. Bamerindus	1.065	926	1.828	92	460	904	1.158	224	486	894
7. Nacional	164	301	165	2	348	221	425	350	537	680
8. Econômico	795	518	370	233	587	560	550	—	510	229
9. BCN	582	380	298	220	284	303	617	97	553	822
10. Mercapaulo	1.055	577	797	264	240	91	389	211	325	2.120
TOTAL	11.792	14.357	13.809	10.457	16.733	18.077	24.334	13.954	17.032	32.102

(1): A preços do 1.º sem./87 segundo a variação média da OTN.

Em contrapartida, se os Bancos nunca ganharam tanto como no primeiro semestre de 1987, não é menos exato que jamais gastaram tão pouco com salários, conforme demonstrativo publicado naquele Jornal e aqui reproduzido.

Despesas administrativas / receitas totais em %

BANCOS	2.º Sem., 82	1.º Sem., 83	2.º Sem., 83	1.º Sem., 84	2.º Sem., 84	1.º Sem., 85	2.º Sem., 85	1.º Sem., 86	2.º Sem., 86	1.º Sem., 87
1. Bradesco	50,84	48,02	38,92	40,30	30,87	30,83	26,95	41,60	46,20	22,39
2. Itaú	38,52	44,83	45,97	27,99	23,28	23,13	25,18	41,61	49,86	26,32
3. Unibanco	30,34	19,71	19,31	19,98	16,61	15,45	19,50	30,33	29,86	9,15
4. Safra	14,08	10,94	13,29	9,11	8,71	8,32	6,39	9,19	12,05	4,77
5. Real	42,66	34,06	26,65	20,10	18,24	17,63	19,29	28,42	32,42	10,59
6. Bamerindus	38,83	39,30	31,09	38,60	29,37	25,40	29,31	44,83	51,37	21,24
7. Nacional	52,46	44,88	40,99	23,57	20,26	18,26	21,44	33,37	45,49	18,77
8. Econômico	27,73	23,47	23,31	24,21	14,97	12,36	16,28	27,99	33,98	11,02
9. BCN	26,50	23,30	17,71	16,06	12,28	12,23	16,27	23,49	27,12	10,23
10. Mercapaulo	22,81	24,46	25,01	16,17	13,80	13,16	16,42	27,21	33,19	10,79
MÉDIA	34,47	35,29	28,23	23,60	18,8	17,77	19,70	30,80	36,15	14,52

O credor, na realidade, sempre se aproveitou da conjuntura econômica, recolhendo sempre lucros e vantagens, inclusive recentemente, através de medidas governamentais, as quais lhe possibilitou deixar de pagar Imposto de Renda, a despeito de suposto prejuízo em operações financeiras e bancárias.

Portanto, o comprometimento das bases da vida coletiva nacional não é obra apenas do desmando na área do governo, mas surge igualmente da conduta inescrupulosa das instituições financeiras e bancárias, máxime na exploração de obrigações intoleráveis para a economia geral.

Destarte, dá-se com o “contrato bancário” o *enriquecimento sem causa*, já que o patrimônio do credor cresce à custa de outrem, mercê do desequilíbrio das relações jurídicas entre as partes ou graças à ruína que o credor submete o devedor a um negócio usurário, com manifesto e visível desrespeito a elementares princípios jurídicos. Ninguém é contra o capital e o lucro, mas quase todos são contra a concentração e os excessos de um e de outro. De fato, como anotou o Prof. Caio Mário da Silva Pereira: “Se o credor puder exigir até o âmago a aplicação da lei contratual, se ele puder esgotar seu direito, terá causado lesão; se o conseguir, terá obtido uma injustiça. Em uma palavra, estará agindo de má fé, e o direito jamais sancionou a má fé, jamais protegeu o pleiteante de má fé” (RF 92/799).

Poder-se-ia aduzir que o “contrato bancário” tem escapado à ação das partes, para se tornar, em certa medida, obra dos poderes públicos. Em outras palavras, dir-se-ia que as taxas de juros são obras do Banco Central, pelo que, se previstas no “contrato de empréstimo bancário”, tem o credor a faculdade de recebê-las. O argumento não resiste a uma análise e exame sérios.

Em primeiro lugar cumpre observar que nem toda e qualquer vontade do governo, mesmo que se revista dos requisitos formais da norma jurídica, é capaz de criar um sistema jurídico de validade indiscutível, indiferente ao pensamento da nacionalidade, não se podendo conferir legitimidade a obra arbitrária e injusta, como bem realçaram F. C. San Tiago Dantas e Paulo Dourado de Gusmão, in RF 89/301, 118/359 e ss. e 120/376 e ss.

Ou, ainda, na lição de Juarez Freitas, in AJURIS 40/43: “Ao investigarmos as presenças de topos flexibilizantes nos discursos normativos, o que pretendemos

esclarecer é o fato de que a interpretação justa da lei é sempre aquela que afasta a lei injusta, naquilo que nela for parcial ou totalmente reputado como iníquo e contrário ao sistema geral da ordem jurídica, o qual se pressupõe, sob pena de irracionalidade e ilegitimidade, como sendo voltado para o entendimento dos fins sociais e às exigências do bem comum” (“Hermenêutica Jurídica: o Juiz só aplica a lei injusta se quiser”).

De resto, como uma pá de cal ao pretense fundamento de validade das taxas de juros, suficiente é a sempre nova lição de J. E. Couture, que, com mão de mestre, mostra que o devido processo legal não é o simples direito de acesso ao Tribunal, mas a garantia constitucional do “processo parlamentar”, caso em que se sepulta, em definitivo, toda e qualquer Resolução do Banco Central do Brasil acerca das taxas de juros. Deveras, “La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma.

“La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de proceso desenvuelto en la forma que establece la ley de una ley dotada de todas as garantías del proceso parlamentario” (Estudios de Derecho Procesal Civil, p. 31, Ed. Depalma, B. Aires, 1979 — grifamos).

Em segundo lugar, na esteira dessa lição, anotou Humberto Theodoro Júnior, com indiscutível proficiência, que: “O processo devido ou o justo processo tem de se mostrar idôneo a uma adequada atuação da garantia constitucional de justiça, de sorte que, nesse aspecto, é inconstitucional a lei, substantiva ou processual, cujo efeito prático não seja criar uma situação, que mesmo não impedindo o exercício do direito de ação (direito de acesso ao Tribunal), *cria tal desequilíbrio jurídico entre as partes que “in concreto” “preconstitui, ainda que de fato, o êxito do processo, subordinando-o praticamente à atividade processual de uma só das partes” (Da Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal, p. 50, Aide Editora, 1.ª ed., 1987).*

Em terceiro e último lugar, em título próprio, à parte, mostrar-se-á, com outros fundamentos, ser decididamente indevida a cobrança das taxas de juros, mais precisamente da superada “comissão de permanência”. De todo modo, o certo é que as cláusulas do “contrato bancário” não têm prevalência!!!

3. MISSÃO DO JUIZ

Uma nova missão está confiada ao Juiz. Cabe-lhe o dever de procurar a solução do processo, não só do ângulo abstratamente jurídico, mas também do ponto de vista econômico e coletivo, não lhe sendo proibido intervir no “contrato bancário” ou para decretar a sua nulidade ou para lhe retirar os excessos, bastando-lhe romper o formalismo ou o apego ao velho sistema latino de decidir, como ensina Humberto T. Júnior: “Hoje, que as maiores correntes do pensamento se curvam à realidade de que o ordenamento jurídico não se completa sem a tarefa dos juizes no campo da individualização das normas traçadas pelo legislador; e que ninguém pode mais pôr em dúvida a função criadora de que se investem os tribunais nesse mister complementar exigido pelo Estado de Direito; irrefutável se torna a lição de Benjamin Cardozo, de que a “construção judicial do direito,

através do processo, é um compromisso entre a estabilidade e a evolução; a regra e o ideal de justiça; o indivíduo e o grupo; a liberdade e o governo” (Baracho, *Processo Constitucional*, cit., p. 118; Benjamin N. Cardozo, *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, 3.^a ed., Porto Alegre, Ajuris, 1978, trad. de Lêda Boechat Rodrigues) — ob. cit., p. 45, rodapé.

O importante é que o Juiz restaure o equilíbrio das cláusulas postas unilateralmente no “contrato bancário”, cumprindo-lhe, assim, ter em vista, como se escreveu alhures, que: “O primeiro e mais nobre dever do Juiz, ao pronunciar o direito é dar satisfação às necessidades inevitáveis da vida”.

Importa ao Juiz, então, lembrar que não é mais possível tentar “reconduzir a realidade jurídica ao modelo da liberdade contratual”, plasmando o direito, sem negá-lo, já que, na lição de Couture, “La justicia no es sólo un continente; por su interior corre la vida humana, entrañable e dramática, como que en ella se va decidiendo a cada instante el destino mesmo del hombre” (ob. cit., p. 156).

4. SALDO DEVEDOR

A operação de empréstimo, neste caso, fora da quantia de Cz\$
No “contrato bancário”, em quadro próprio, vê-se, claramente, a quantia do mútuo pura e simplesmente em Cz\$

Deste modo, como o credor recebeu parcialmente a quantia de Cz\$, deduzindo-se essa importância daquela originária do empréstimo, o *saldo devedor* é rigorosamente do valor de Cz\$

Cuida-se de simples operação aritmética: Cz\$ menos Cz\$
= Cz\$

Por outro lado, o que se executa, neste caso, é o “contrato bancário” e não a “nota promissória”, já que ela fora dada em garantia das obrigações nele postas unilateralmente pelo Banco, prévia e antecipadamente, com caracteres miúdos e impressos, sem a necessária concorrência de vontade de ambas as partes.

A “nota promissória”, assim, nem tem autonomia nem cambiabilidade, posto que vinculada àquele “contrato”, sendo certo que, inexplicavelmente, o seu valor é muitíssimo superior ao do valor dado em empréstimo.

De qualquer forma, a “nota promissória”, como assentou o 1.^o TACivSP, na Ap. Cível 303.723, da comarca de Sorocaba, Rel. o Juiz Cândido Rangel Dinamarco: “Essa cambial é desenganadamente vinculada ao contrato assim indicado, o que resulta inclusive da 7.^a, estampada a fls. Por ser assim, descaracteriza-se a sua literalidade e ela deixa de prevalecer, como é natural, aos títulos de crédito desvinculados, pela literalidade do que nela se contém. Nessa situação, conforme vem de há muito entendendo o colendo STF, a ligação cambial ao contrato afasta a sua característica abstração e passa ela a depender do contrato, cujas cláusulas e vicissitudes comparecem, a partir daí, como causa inafastável do crédito. Como se vem dizendo, a cambial vinculada a contrato desfigura-se “em sua força, para correr a sorte desse contrato” (cf. RE 74.429, 1.^a T., de 15.10.74 in RTJ 73/365; v. tb. RE 46.760, 2.^a T., v. u. in RTJ 45/52).

Em suma, visível é o excesso de execução, tanto quanto a “NP” é despida de força executiva.

5. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

O Dec.-lei 2.284, de 10.3.86, em seu art. 11, autorizou o Conselho Monetário Nacional a baixar: “normas destinadas a adaptar o mercado de capitais ao disposto neste Decreto-lei”.

O Dec.-lei 2.284/86 permitiu o Conselho Monetário Nacional a *ajustar* o mercado de capitais as suas determinações. Não foi além disso.

Assim, se, através do Banco Central do Brasil, veio a lume a Res. 1.129, de 15.5.86, retificada em 2.6.86, a “comissão de permanência”, se considerada constitucional, ficou rigorosamente *atrelada* ao “plano de estabilização econômica”, com a sua taxa decididamente conformada para esse “sistema monetário”, variável em 1,5% a 2,8% ao mês, não mais do que esses percentuais.

A Res. 1.129/86 não pode ser aplicada, portanto, fora dessa inteligência, já que ínsito nela as determinações do Dec.-lei 2.284/86. Em outras palavras, a mencionada Resolução só tem incidência conformada às disposições daquele Decreto-lei e não para situações novas e posteriores ao chamado “Plano Cruzado I”.

A nenhum credor é dado valer-se da Res. 1.129, de 15.5.86, retificada em 2.6.86, para exigir uma taxa de “comissão de permanência” fora do seu tempo, atualizada e superior àquela então existente durante a vigência do Dec.-lei 2.284/86.

Insista-se no ponto: a Res. 1.129/86 destinou-se exclusivamente para as situações previstas no Dec.-lei 2.284, de 10.3.86, com *vigência temporária*, já produzida com “o germe de extinção de sua obrigatoriedade” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 119, Forense, 1980).

Efetivamente, depois do Dec.-lei 2.284/86, o Conselho Monetário Nacional não baixou nenhuma outra Resolução, quer com o Dec.-lei 2.290, de 21.11.86, quer com o Dec. 2.322, de 16.2.87, os quais determinaram novas e diferentes “regras econômicas” daquelas prescritas no Dec.-lei 2.284, de 10.3.86. Logo, a Res. 1.129, de 15.5.86, retificada em 2.6.86, se constitucional, nasceu com a “força obrigatória de um termo certo”, cessando-se a sua eficácia a 21.11.86.

De sorte que, se, no “contrato bancário”, houver cláusula de “comissão de permanência”, descartada a hipótese de inconstitucionalidade da Res. 1.129, a sua cobrança só é possível dentro no período em que ela entrou em vigor (15.5.86) e perdeu a sua eficácia (21.11.86), com *taxa* igual àquela existente ao tempo do Dec.-lei 2.284.

Já no “contrato bancário” posterior a 21.11.86, se o aderente submeteu-se à cláusula de “comissão de permanência”, ela é radicalmente *nula*, pela simples e boa razão de que, frise-se, expirou-se o tempo de vigência da Res. 1.129 a 21.11.86, não se podendo cogitar dessa ou daquela taxa, antiga ou atualizada.

Por outro lado, se válida a Res. 1.129/86, a cobrança da “comissão de permanência” só é viável se a seu respeito houver cláusula no “contrato bancário”, com a especificação da sua *taxa*, já que ela não pode ficar ao livre arbítrio do credor, sob pena de ofensa ao art. 115, parte final.

Deveras, dispõe ela que: “Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”.

Importa dizer, pois, em complemento a essa parte, que, se se considerar válido o “contrato bancário”, assim como perfeita juridicamente a cobrança da “comissão de permanência”, a sua taxa não pode ser submetida a só vontade do credor. Em outras palavras, não se pode utilizar *taxa* unilateralmente posta no

“contrato bancário” ou mesmo àquela de mercado no dia do pagamento, uma vez que essa última previsão sujeita o aderente a mesma condição ou a uma condição imoral e contrária aos bons costumes, ao bom-senso e à Justiça.

O certo é que a Res. 1.129/86 não está em vigor, desde que se faça pronta e isenta análise da sua expedição e finalidade, atento à esquecida Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

6. MULTA CONTRATUAL

Discute-se aqui a “multa contratual”, na hipótese ser considerado válido o “contrato bancário” com suas “cláusulas”, o que se permite assim entendê-lo para simples efeito de argumentação.

A Egrégia 3.^a Câm. Civ. do TAMG, na Ap. Cível 32.591, assentou, em ementa, ser incobrável a “multa contratual” por via executiva:

“Multa contratual não se cobra pela via executiva. As multas, como meios coativos, não têm propriamente caráter executivo, porque visam conseguir o adimplemento da obrigação pela prestação do próprio executado, compelido a cumpri-la para evitar as pesadas sanções que o ameaçam. A executividade das penas pecuniárias depende sempre de uma sentença proferida em processo de conhecimento que contenha a imposição de multa. Inexistente o procedimento, inviável a imposição da multa” (COAD/ADV, Ementa 206, 1987).

Dentro dessa linha de raciocínio, se exigível a “multa contratual”, não fica descartada a hipótese de o Magistrado extingui-la ou reduzi-la, notadamente quando não convencionalizada a sua irredutibilidade — e, no caso, não se estipulou não ser irreduzível a “multa contratual”.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE 4.252-SP, Rel. o eminente Min. Orozimbo Nonato, decidiu que: “Tem o Juiz a faculdade de reduzir a multa convencional para o caso de mora ou de inadimplemento” (RF 92/625).

Destaca-se do corpo daquele v. aresto a anotação do Min. Orozimbo Nonato, nos seguintes termos: “Apenas convém registrar que, em última fase, a nossa legislação toma rumos diversos do individualismo, o que se torna visível nas leis que tendem a reprimir os lucros excessivos e no sistema que adotou o anteprojeto do Código de Obrigações”.

A propósito, “A convenção de pagamento integral de multa contratual, qualquer que fosse a duração do contrato, não obriga o julgador” (RT 72/127. Ver, no mesmo sentido: RT 85/561; 95/134; 117/153; 119/183; 123/548; RF 81/431; RT 125/75; 128/244; 128/233; 129/117; 142/624; 156/795; 184/195; 204/508; 205/437; 206/289; 210/125; 212/309; 215/293; 218/559; 221/362, 377 e 400; 226/378).

Humberto Theodoro Júnior, em nota a respeito da redução da “multa contratual”, assinalou mesmo que:

“É sempre possível ao Juiz reduzir a multa contratual, em face de circunstâncias particulares do caso concreto” (“Conclusões do Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado no Rio de Janeiro, em novembro de 1981”, in DJ, de 26.8.82).

De resto, “A multa contratual é inacumulável com os honorários advocatícios” (Ag. Inst. 2.656, da comarca de Belo Horizonte, Rel. Juiz Ayrton Maia, in DJ, de 16.3.82).

A “multa contratual”, por todos os aspectos, se válida a cláusula a seu respeito, merece reexame, com a adoção de uma ou outra situação ao caso concreto.

7. AVAL

O aval é garantia dada em título cambial, considerando como tal, na lição de Cesare Vivante, “o documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido” (*apud* Luiz Emygdio F. da Costa Jr., *Direito Cambiário — I*, p. 26, Freitas Bastos, 1984).

Na Ap. Cível 11.836, o Egrégio TAMG decidiu: “O aval só se presta em títulos cambiais” (*DJ-MG*, de 2.3.79, p. 6).

Com efeito, ensina Alfredo Assis Gonçalves Neto, in *Aval — Alcance da Responsabilidade do Avalista*, que: “Não se levanta dúvida, entre nós, quanto ao fato de que o aval, dependendo da existência material do título para ser prestado, é uma obrigação cambiária, isto é, uma obrigação cartular” (p. 75).

De outro lado, se, na cártula, há avalista, a sua responsabilidade é só quanto a quantia nele consignada ou igual ao valor do empréstimo, já que a “nota promissória” ou mesmo a “letra de câmbio”, arbitrariamente sacada, por empresa coligada e do mesmo grupo, sem nenhuma validade, traz normalmente importância superior àquela originária da operação bancária.

“O aval é obrigação abstrata e autônoma, respondendo o avalista apenas pela importância consignada no título” (*RT* 560/123).

“Do avalista de nota promissória emitida em garantia de contrato de financiamento é inexigível multa contratual. O avalista só se obriga pelo principal e acessórios inscritos no próprio cambial” (*COAD/ADV*, Ementa 625, 1987).

Não há, pois, aval em “contrato bancário”, nulo ou válido, cogitando-se da matéria também para efeito de argumentação, e só para essa finalidade.

8. VERBA ADVOCATÍCIA

“Na execução de contrato de mútuo, em que haja cláusula prevendo multa para o seu descumprimento, não pode haver condenação em honorários” (1.º TACSP — 1.ª Câm. — Ap. 204.917 — Queluz — Rel. Almeida Camargo — v. u.; 1.º TACSP — 5.ª Câm. — Ap. 247.943 — São Bernardo do Campo — v. u.; 1.º TACSP — 6.ª Câm. — Ap. 252.992-SP — Rel. Paula Bueno — v. u., in *JTACSP* 58/38 e 59/151).

A matéria acerca da verba advocatícia é bem controvertida. É certo que há a Súmula 617 do Colendo STF sobre o assunto em debate. Todavia, a questão está a merecer novo exame em vista do excesso de cláusulas duras e onerosas impostas ao aderente, todas elas destinadas *não* a suprir simples desvalorização da moeda ou a perda do seu poder aquisitivo, mas a criar uma outra prestação com a finalidade de penalizar a parte mais fraca e sem poder de livre negociação com a parte toda poderosa e organizada.

O grande mal está na desinteligência da destinação da verba advocatícia. Na melhor doutrina moderna a seu respeito, “a sucumbência se destina a reembolsar a parte do desfalque patrimonial que teve com o pagamento de honorários contratados”.

A 2.ª Câm. do TJSC, na Ap. 14.786, Rel. Des. Osny Caetano da Silva, decidiu mesmo que “Os honorários destinam-se à parte vencedora, e não ao seu patrono, pois este perceberá o que ajustou com seu cliente” (*O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, v. I, p. 183, n. 721, de Alexandre de Paula).

Ninguém desconhece que as instituições financeiras e bancárias, de um modo geral, desembolsam pequena parcela de verba advocatícia, fora do percentual estabelecido pelo Código de Processo Civil, entre 10% e 20%, motivo pelo qual essa verdade fática não deve ser desprezada, havendo mesmo, em muitos casos, um vínculo empregatício entre aquelas e o profissional de direito, e mesmo uma remuneração abaixo daqueles percentuais para “advogados credenciados”.

9. CONCLUSÃO

Revista a verdadeira natureza jurídica do “contrato bancário”, caracterizada pelo mecanismo de pura adesão de uma das partes às condições preestabelecidas pela outra ou mesmo terceiro, impende ressaltar que a ninguém é dado cruzar os braços e se omitir acerca do novo estilo de contratualidade.

O “contrato bancário” de conteúdo absurdo e caprichoso, ainda que reúna todos os elementos formais, aparentemente perfeitos, no fundo, contudo, não só *encobre* “cláusulas de excessiva dureza” como *desfaz* a máxima de que o “contrato é lei entre as partes”.

De fato, o indivíduo, mesmo prudente e capaz, desconhece a exata mensuração destas cláusulas, não se podendo nem consolidar um “contrato bancário”, como fonte inescotável de obrigações destinadas a arruinar o aderente, nem ferir a consciência jurídica, motivo pelo qual aquela máxima contém só meia verdade jurídica.

Não se justifica, pois, manter-se a clássica definição do contrato, ainda mais para a prevalência de cláusulas impostas e prescritas prévia e unilateralmente, já impressas, em letras microscópicas, sem mútua e recíproca soberania da vontade. Destarte, aquela definição é imprestável para outra concepção do “contrato bancário”, com origem e especificidade jurídicas próprias e inconfundíveis.

O “contrato bancário”, em conclusão, merece redobrada e especial atenção dos Srs. Juízes, a fim de que as suas categorias jurídicas sejam rigorosamente definidas e interpretadas, para que ocorra equilíbrio entre as pretensões opostas, fortes no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, já que: “As leis não vigoram abstratamente, em função de si próprias, para darem soluções gerais, e, sim, em especial, para cada caso em concreto” (TJPR, Ap. 617/77, Rel. Des. Henrique Dorfmond, in *RF* 261/277).

Em suma, como anotou Arnoldo Wald, “. . . cabe sempre ao Direito submeter a economia à ética, na feliz expressão de Carnelutti” (*RT* 617/255).