

As portarias da SDE e os contratos bancários

26/07/1999

O presente artigo tem por finalidade analisar a aplicação das portarias da Secretaria de Direito Econômico aos contratos utilizados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, mais especialmente aos contratos bancários.

I - O Código de Proteção e Defesa do Consumidor ("CDC") e os Contratos Utilizados no Âmbito do Mercado Financeiro Nacional

1.1. No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), regula as relações existentes entre o consumidor e o fornecedor. Como em toda legislação que se proponha a proteger os direitos dos consumidores, o CDC visa a manutenção do equilíbrio das relações de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado desenvolvidas pelos fornecedores.

1.2. O CDC apresenta dois momentos distintos de proteção contratual ao consumidor. No primeiro momento, que vai até a efetiva formação do vínculo contratual (fase pré-contratual), o CDC cria novos direitos para o consumidor e deveres para o fornecedor. No segundo momento, cria o CDC normas proibindo expressamente as cláusulas abusivas nesses contratos, garantindo, assim, uma proteção *a posteriori* do consumidor, através de um efetivo controle judicial do conteúdo dos contratos.

1.3. Nos termos do artigo 3º, parágrafo segundo, do CDC, as atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços aos seus clientes, quer na concessão de mútuos ou financiamentos para aquisição de bens, podem ser classificadas como atividades que dão origem a uma relação de consumo, assumindo, a instituição financeira, o papel de fornecedor.

1.4. Entretanto, a aplicação do CDC aos produtos e serviços disponibilizados pelas instituições financeiras não pode ocorrer de forma incondicional. Cabe lembrar que, conforme definição do artigo 2º do CDC, consumidor é toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*. Ora, muitas das operações bancárias são realizadas com pessoas que não podem ser caracterizadas como *destinatário final* do bem ou serviço, principalmente operações realizadas com pessoas jurídicas.

1.4.1. Nesse sentido, podemos citar as operações de financiamento de capital de giro, nas quais a instituição financeira empresta determinado montante para uma pessoa jurídica, para que essa pessoa jurídica possa fabricar seus produtos (atividade produtiva). No caso específico, a pessoa jurídica tomadora do empréstimo não pode ser considerada destinatária final do bem ou serviço e, portanto, consumidora. Ademais, são diversas as decisões de nossa jurisprudência no tocante a não aplicação do CDC às relações derivadas de determinados contratos bancários (o de empréstimo, por exemplo) firmados entre pessoas jurídicas e as instituições financeiras.

1.4.2. Além do mencionado nos parágrafos anteriores, podemos afirmar que as relações existentes entre aqueles indivíduos que investem no mercado de valores mobiliários e/ou no mercado de capitais, e as instituições corretoras ou outras entidades que oferecem tal tipo de serviço, não podem ser caracterizadas como sendo relações de consumo(1).

1.4.3. Tanto isso é verdade, que existe legislação específica destinada a regular a atividade de investimento no mercado de valores mobiliários e de capitais e que define, inclusive, as obrigações e sanções aplicáveis a cada caso concreto. A título exemplificativo, podemos citar a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que prevê ações específicas de ressarcimento a investidores, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, que apresenta medidas aplicáveis à liquidação extrajudicial de instituições de crédito, e as Instruções nº 302 e 306, datadas de 05 de maio de 1999, ambas da Comissão de Valores Mobiliários. A Instrução CVM nº 302 dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento em títulos e valores mobiliários. A Instrução CVM nº 306 dispõe sobre a administração de carteira de valores mobiliários.

1.5. Por outro lado, o CDC apresenta, em seu artigo 51, uma lista exemplificativa das chamadas *cláusulas abusivas*, que são aquelas cláusulas contratuais não negociadas individualmente e que, frente as exigências da boa-fé, causam em detrimento do consumidor um desequilíbrio importante entre os direitos e obrigações das partes(2).

1.5.1. As cláusulas abusivas mencionadas no artigo 51 do CDC, são aplicáveis tanto aos contratos de adesão(3) quanto aos contratos paritários(4) e são sempre consideradas nulas, prevendo a norma geral de proibição de cláusulas contra a boa-fé.

1.6. Além do previsto no artigo 51, o CDC, em seu artigo 6º, institui como um direito do consumidor, a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais no sentido de restabelecer o equilíbrio da relação entre o consumidor e o fornecedor. Dessa forma, o consumidor poderá solicitar que o juiz de direito altere o conteúdo negocial de uma cláusula considerada abusiva. Aqui, o legislador baseou-se na chamada “redução de eficácia” da doutrina alemã, prevendo a ineficácia de uma cláusula abusiva e não simplesmente sua nulidade absoluta.

II - A Competência da Secretaria de Direito Econômico

2.1. Criada pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 (“Decreto 2.181/97”), a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), que atua por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (“DPDC”), é órgão do Ministério da Justiça, que integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

2.2. Compete à SDE, através do DPDC, a coordenação geral da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, conforme especificado no artigo 3º do Decreto 2.181/97. O DPDC deverá, dentre outras atividades, prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos, fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas no CDC e solicitar a instauração de inquérito para apuração de delito contra o consumidor.

2.3. Complementando esse dispositivo legal, o artigo 56 do Decreto 2.181/97 estabelece que, no sentido de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a SDE divulgará,

anualmente, elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, em caráter exemplificativo, aplicando-se o disposto no inciso IV do artigo 22 do Decreto 2.181/97(5).

2.4. Nota-se, portanto, que as portarias publicadas pela SDE, elencando as cláusulas abusivas, foram editadas em cumprimento ao disposto no referido artigo 56 do Decreto 2.181/97, cabendo aplicação de multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular ou utilizar-se de cláusula abusiva, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo, inclusive com relação às operações bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento.

III - Da Aplicação das Portarias da SDE aos Contratos Utilizados no Âmbito do Sistema Financeiro Nacional

3.1. Com fundamento no exposto, podemos concluir que a SDE tem competência e legitimidade para orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Uma das formas mediante a qual se realiza tal orientação é a divulgação anual de cláusulas contratuais consideradas abusivas, em complemento à listagem constante do artigo 51 do CDC.

3.2. Assim, não há que se questionar a edição da listagem de cláusulas abusivas pela SDE, através de portarias, uma vez que o CDC, devidamente regulado pelo Decreto 2.181/97, delega competência à SDE nesse sentido.

3.3. Isto posto, as instituições financeiras que pretendam questionar a validade/aplicação das portarias da SDE, têm, basicamente, duas alternativas a serem seguidas:

(a) questionar o conteúdo das portarias editadas pela SDE, alegando que determinadas cláusulas tidas como abusivas pela SDE, na realidade não o são; e/ou

(b) alegar que o CDC, e consequentemente as portarias da SDE, não se aplicam a determinados tipos de contratos utilizados no Sistema Financeiro Nacional (caso em concreto), uma vez que a figura do cliente da instituição financeira não pode ser equiparada à figura do consumidor, pois o cliente não é destinatário final dos serviços e/ou produtos oferecidos.

3.4. Por fim, entendemos que, não obstante as penalidades administrativas que a SDE ou qualquer outro órgão integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor possam vir a aplicar, as instituições financeiras não podem ser impedidas de recorrer ao Poder Judiciário para solucionar os conflitos gerados em razão da aplicação ou não de regras referentes às relações de consumo. Ademais, não sendo caracterizada a relação como de consumo ou não demonstrada, de forma inequívoca, a existência de cláusulas obscuras ou abusivas, nem configurada a excessiva onerosidade das obrigações assumidas livremente pelos clientes, não há que se falar em aplicação do CDC aos contratos bancários, ou ainda em nulidade dos mesmos.

Notas

1 – Grinover, Ada Pellegrini, et all, em Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5ª edição – Editora Forense Universitária.



2 - Marques, Claudia Lima, em Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ª edição - Editora Revista dos Tribunais.

3 - O contrato de adesão é aquele em que as cláusulas e condições foram previamente redigidas e impressas por uma das partes contratantes, sendo que a outra parte adere a uma situação contratual já definida em todos os seus termos (Diniz, Maria Helena, em Dicionário Jurídico - Vol. 1, 1ª edição - Editora Saraiva).

4 - O contrato paritário é aquele em que as partes interessadas discutem, em igualdade, os termos do ato negocial, eliminando as divergências mediante transigência mútua, fixando, assim, livremente, as cláusulas e condições que disciplinarão a relação contratual firmada pelas partes (Diniz, Maria Helena, em Dicionário Jurídico - Vol. 1, 1ª edição - Editora Saraiva).

5 - “Art. 22 - Será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular ou utilizar-se de cláusula abusiva, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo, inclusive nas operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento, e especialmente quando: Inciso IV - estabelecer obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/1999-jul-26/portarias_sde_contratos_bancarios/