

**A RESPONSABILIDADE DOS BANCOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO DAS INDENIZAÇÕES E COMPENSAÇÕES**

**THE CIVIL LIABILITY OF BANKS IN CONSUMER RELATIONS:
PUNITIVE AND PEDAGOGICAL NATURE OF INDEMNITIES AND COMPENSATION**

Hiann Oliveira Lima¹
Sérgio Emílio Schlang Alves²

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a responsabilidade civil dos bancos nas relações de consumo, com vistas no caráter punitivo e pedagógico das indenizações e compensações. Por meio de uma abordagem qualitativa e se utilizando de livros doutrinados, jurisprudências, artigos e legislação, serão abordados e analisados os mecanismos legais do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, assim como alguns aspectos históricos da legislação. Por fim, adentra-se na discussão sobre a aplicação das indenizações e compensações, não apenas na sua função reparatória, mas também como medida punitiva, levando em consideração a função da responsabilidade civil de inibir a prática de ilícitos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil dos bancos. Indenizações e compensações. Dano moral. Caráter punitivo e pedagógico.

Abstract: This paper aims to analyze the civil liability of banks in consumer relations, with a view to the punitive and pedagogical character of the indemnities and compensations. Jurisprudences, articles, and legislation, Will be addressed and the legal mechanisms of the Civil Code and the Consumer Protection Code Will be analyzed through a qualitative approach and using doctrinal books, as well as some historical aspects of the legislation. Ultimately, this article addresses the discussion of the application of indemnities and compensations, not only in their reparatory function but also as a punitive measure, considering the function of civil liability to inhibit the practice of illicit acts.

Keywords: Civil liability of Banks. Indemnities and compensations. Moral Damage. Punitive and pedagogical character.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 3. AS PRÁTICAS ILÍCITAS E O CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO DAS INDENIZAÇÕES E COMPENSAÇÕES 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS 5. REFERÊNCIAS

¹Discente do curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: hiannlima@gmail.com

² Professor de Direito do Consumidor da UCSAL. 1º Professor de Direito do Consumidor da faculdade de Direito da UFBA, Ruy Barbosa e da UNIFACS. Especializado em Metodologia do Ensino Superior. Membro da Academia Brasileira de Letras jurídicas da Bahia. Ex Juiz efetivo do TRE.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade Civil, no direito brasileiro, atua no âmbito da reparação e compensação de danos, por vezes também tem sua aplicação, com vistas a punir aquele que causou o prejuízo, revelando um caráter punitivo e pedagógico, visando a prevenção de futuros ilícitos.

Ocorre que, embora os magistrados apliquem (ou acreditem aplicar) a compensação por dano moral com caráter punitivo e educacional, nas relações consumeristas, esta, por vezes, se mostra ínfima perante os lucros das grandes instituições financeiras, não tendo a capacidade de inibir a prática do ilícito, pois muitas vezes as compensações não chegam nem perto do montante dos lucros capitalizados através das ilegalidades.

Diante dessas situações e das demandas repetitivas que lotam o judiciário, faz-se necessário refletir sobre o tema, ponderando sobre os institutos que regem a responsabilidade nas relações de consumo.

O direito do consumidor abrange toda uma coletividade de indivíduos. Tamanha é sua importância e está previsto na Constituição Federal de 1988, sendo uma conquista do Estado democrático de Direito.

A análise do presente trabalho tem em vista discutir possíveis abusos que ocorrem mesmo na vigência do Código de Defesa do Consumidor, tendo como principais vítimas os consumidores, que são explorados devido sua hipossuficiência e falta de informação. Tal abuso é cometido por grandes instituições financeiras que, em suas atividades econômicas, adotam práticas ilícitas e lesivas de forma reiterada.

Ao consumidor, sobra recorrer ao judiciário, o qual tenta fazer valer seu direito, porém, a cerne da problemática do presente artigo visa, justamente, examinar a forma como o judiciário vem lidando com essas demandas. Os mecanismos legais, aos quais o judiciário faz uso, muitas vezes não são capazes de inibir ou prevenir as empresas de reincidirem com os ilícitos que atingem milhares de pessoas. As indenizações por danos materiais e compensações por danos morais são ínfimas perante o grande poder econômico dos bancos, tornando as decisões ineficazes quando se trata de punir e prevenir tais condutas.

Diante desse cenário, é evidente a relevância do presente estudo, pois trata-se de norma de direito coletivo previsto na Constituição, que visa proteger a sociedade de maneira geral.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Inicialmente faz-se necessário discorrer um pouco sobre o instituto da responsabilidade civil e seu papel dentro do direito do consumidor. A responsabilidade civil está presente no código civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 927, o qual dispõe que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187 CC), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Segundo Nelson Rosenvald (2017, p.29), podemos definir a responsabilidade “em seu sentido clássico, como “obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo”.

Dentro da perspectiva consumerista, o código de defesa do consumidor (BRASIL, 1990), traz a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, disciplinando a matéria do artigo 12 ao 17. Sobre o tema discorre Tartuce (2018) “o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores”.

Ainda, segundo Tartuce (2018), a escolha da responsabilidade objetiva constitui um aspecto material do acesso à justiça, de modo que, o consumidor não tem o ônus de comprovar a culpa nos casos de vícios e defeitos dos produtos ou serviços para ter a reparação integral dos danos suportados.

A responsabilidade objetiva é fundamentada na teoria do risco do empreendimento ou da atividade empresarial, discorre Sergio Cavalieri Filho (2019, p. 319) que pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se dispor a desenvolver atividade econômica voltada ao mercado de consumo, tem o dever de responder pelos vícios e defeitos decorrentes dos seus produtos e serviços, ou seja, o

fornecedor é garantidor dos seus produtos e serviços. Ao fornecedor, resta socializar os riscos, através dos preços de seus produtos.

Tal é a importância da proteção aos consumidores, que sua elaboração está prevista na Constituição (1988), sendo um imperativo constitucional sua promoção.

De acordo com art.5º, inciso XXXII, da carta magna, e nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

Qual é o sentido desse dispositivo constitucional e que conclusão dele podemos tirar? Não há nele uma simples recomendação ou advertência para o Estado, mas sim uma ordem. “- a defesa do consumidor.” Promover a defesa do consumidor não é uma mera faculdade, mas sim um dever do Estado. Mais do que uma obrigação, a defesa do consumidor é um imperativo constitucional. E, se é um dever do Estado, por outro lado, é um direito fundamental do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2019).

Dentro do Código de Defesa do Consumidor temos os sujeitos da relação de consumo. A definição de consumidor e fornecedor são de suma importância, pois, apenas através da caracterização desses sujeitos no caso concreto, será aplicado o Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, o código nos traz um conceito norteador para identificar os sujeitos das relações de consumo.

O conceito de fornecedor, trazido pelo CDC, não traz muita variedade entre os doutrinadores do direito, sendo assim conceitua Cavalieri Filho que:

Em relação ao seu conceito pouco discrepam os autores, ao que se atribui à abrangência da definição contida no art. 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (CAVALIERI FILHO, 2019).

Encontramos dentro dessa relação jurídica tutelada pelo CDC as instituições financeiras, pois são fornecedoras de serviços bancários, os quais respondem objetivamente pelos atos ilícitos praticados aos seus clientes. Ainda assim, existem hoje os bancos digitais, que não cobram taxas ou tarifas por parte dos seus serviços, ao

menos não de forma direta, porém, trata-se aqui também, de relação de consumo, como salienta Sergio Cavalieri Filho:

Subsume-se ao amplo conceito legal de serviço na legislação consumerista, “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” – art. 3º, § 2º, do CDC. Essas atividades podem ser de natureza material, financeira ou intelectual, prestadas por entidades públicas ou privadas, mediante remuneração direta ou indireta (CAVALIERI FILHO, 2019).

Os bancos exercem um papel crucial na sociedade, prestando serviços de extrema relevância a toda população. A atividade dos bancos está diretamente ligada ao desenvolvimento econômico de uma nação, como bem explica Sergio Cavalieri Filho (2019), os serviços dessas instituições não estão mais limitados aos clássicos serviços bancários, atualmente são responsáveis pelos salários de servidores públicos, empregados e aposentados; recolhimento de impostos, contas de água e luz, além de incentivar a economia nas mais diversas áreas através do crédito.

Contudo, houveram tentativas de negar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre bancos e seus clientes. A ação declaratória de inconstitucionalidade 2.591, apelada de “ADIn dos bancos”, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, tratou do tema e definiu que os bancos estão abrangidos pelas normas do CDC, assim também o entendeu o Supremo Tribunal de Justiça ao editar a súmula 297, dispondo que o código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Quanto ao conceito de consumidor, descrito no Caput do artigo 2º do CDC, podemos extrair da lição de Rizzatto Nunes:

Para bem elucidar a definição de consumidor, parece-nos mais adequado começar a interpretar o caput do art. 2º, que é exatamente o que apresenta a maior oportunidade de problemas, especialmente pelo uso do termo “destinatário final”. Temos dito que a definição de consumidor do CDC começa no individual, mais concreto (art. 2º, caput), e termina no geral, mais abstrato (art. 29). Isto porque, logicamente falando, o caput do art. 2º aponta para aquele consumidor real que adquire concretamente um produto ou um serviço, e o art. 29 indica o consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito

difuso, na medida em que a norma fala da potencialidade, do consumidor que presumivelmente exista, ainda que possa não ser determinado (NUNES, 2019, p. 119).

Em relação ao consumidor, cabe mencionar que o código traz mais uma espécie. Começando pelo conceito básico disposto no artigo 2º e estendendo a proteção para o chamado consumidor por equiparação, disposto no artigo 29. Embora haja hipóteses de aplicação desse dispositivo nas relações consumo financeiras, é mais comum a incidência do conceito básico de consumidor nas lides contra bancos.

Embora a lei tenha previsto vários mecanismo de defesa, tendo como destaque a elaboração do CDC, ao tratar do tema com ênfase na AED (análise econômica do direito) Queiroz e Gonçalves discorrem que:

A AED, em sentido amplo, e a *Law & Economics*, em sentido Posneriano (POSNER, 1973) procura compreender e prever as consequências econômico-jurídicas decorrentes da adoção de determinada norma jurídica ao comportamento humano. Nesse contexto, questiona-se de que forma as regras de responsabilização poderiam prevenir os chamados danos eficientes – quando o empresário, por meio da análise de custo e benefício, prefere pagar as indenizações a prevenir o dano? Estaria o consumidor realmente protegido pelo Código de Defesa do Consumidor ao utilizar a teoria objetiva? ” (QUEIROZ; GONÇALVES, 2017, p. 2).

O conceito de dano eficiente é importante para discutir os danos causados aos consumidores dos quais as indenizações, por si só, não têm caráter preventivo. Ainda sobre o dano, Queiroz e Gonçalves (2017) defendem que “as indenizações precisam ser capazes de tornar o lesante responsável pelo completo dano causado, a fim de incentivar a adoção de medidas de cuidado suficientes para evitar os prejuízos”.

Nesse tocante, temos não só os danos materiais, mas também os danos morais ou extrapatrimoniais, que segundo Rizzatto Nunes (2018, p. 377) visam proteger a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, a garantia da incolumidade física e psíquica, a imagem e a honra, sendo a indenização fixada de acordo com alguns parâmetros em relação a conduta do agente causador, quais sejam: a existência de dolo — má-fé — por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; a

situação econômica do ofensor; a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso.

Discorre também o autor sobre o caráter satisfativo-punitivo das indenizações por dano moral, que visam, além da compensação pelos danos causados, punir o agente ofensor e inibir a prática de novos ilícitos.

Sobre o caráter punitivo-pedagógico das indenizações, Nelson Rosenvald (2017, p. 134), trata da importância de superar o binômio dano/reparação, pois, na visão do autor, o ofensor contaria com certa segurança, já que saberia previamente que em caso de condenação, apenas seria culminada pena com base no dano causado, não sofrendo maiores prejuízos, revelando um verdadeiro incentivo a prática de ilícitos pelo ordenamento.

Exemplo clássico trazido pelo supracitado autor é o caso da Ford Motor Co. que vendeu automóveis modelo Pinto, nos quais os testes indicavam riscos à vida dos consumidores, por conta da chance de explosões nas colisões. A empresa ignorou os testes, levando em consideração que os potenciais lucros, superariam eventuais reparações e compensações que sofreria.

Ao tratar de instituições financeiras, deve-se levar em conta a grande discrepância econômica e técnica entre as partes, afinal, os bancos detêm grande conhecimento técnico para calcular os riscos/benefícios das condutas. É notório também que essas instituições têm um elevado número de clientes, podendo, portanto, locupletar-se através dos ilícitos.

2.1 Aspectos históricos do Código de Defesa do Consumidor

Rizzato Nunes (2015, p.62), ao tratar dos aspectos históricos do Código de Defesa do Consumidor, chama atenção para um dilema bastante relevante em nosso ordenamento. Por ser uma lei de 1990, o código foi criado tardiamente. Segundo o autor, a cultura civilista ainda está impregnada, isto porque, passaram-se anos aplicando a legislação civil nas relações de consumo. Em breve síntese, o autor esclarece que:

Não faz sentido fazer um automóvel, reproduzi-lo vinte mil vezes, e

depois fazer vinte mil contratos para os vinte mil compradores. Na verdade quem faz um produto e reproduz vinte mil vezes também faz um único contrato e reproduz vinte mil vezes. Ou, no exemplo das instituições financeiras, milhões de vezes. Quem planeja a oferta de um serviço ou de produto qualquer, por exemplo, financeiro, bancário, a ser reproduzido milhões de vezes, também planeja um único contrato e o imprimir e distribuir milhões de vezes (2015, p. 64).

Desta forma, quando um modelo de negócio extremamente vantajoso para o fornecedor, nesse caso as instituições financeiras, é colocado no mercado, seus efeitos se lançam para milhões de consumidores. Não por outro motivo o judiciário encontra-se abarrotado de ações repetitivas de consumidores contra bancos. Isso também demonstra a ineficácia de tratar os casos isoladamente, assim como, de não dar uma resposta efetiva contra os abusos. Enquanto não for discutido o caráter punitivo-pedagógico a ser aplicado contra os bancos, esses continuarão impunes frente aos ilícitos lucrativos.

Esta defesa de interesses coletivos e difusos é uma das bases do Código de Defesa de Consumidor, como bem assevera Rizzato Nunes(2015, p.161):

Assim, consigne-se que, para interpretar o adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes – o fornecedor –, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um claro rompimento com o direito privado tradicional.

Salienta o autor que, ao interpretar o código de defesa do consumidor, devemos ter em mente que suas normas são criadas, principalmente, para defender interesses coletivos e difusos, em virtude da produção massificada de produtos e serviços, superando o individualismo do Código Civil. Desta forma funcionam os serviços bancários atuais, nos quais o consumidor tem apenas a opção de aderir, sem discutir ou negociar sua cláusulas. São os conhecidos contratos de adesão. Além disso, os serviços são destinados as massas, por isso objetos diretos do CDC.

A maneira civilista de tratar os contratos, pressupõe um acordo firmado entre pares iguais, onde as cláusulas são discutidas e criadas em conjunto. Entretanto, nas

relações de consumo o mesmo não ocorre, como posto, as cláusulas são editadas unilateralmente pelos fornecedores.

O quadro se agrava quando, no processo civil moderno, cada vez mais se busca soluções rápidas para as lides, sem realmente solucionar os problemas. Essa demanda cada vez maior por formas consensuais de resolução dos conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem, no âmbito do direito do Consumidor pode ser preocupante.

Segundo Daniel Amorim Assunção Neves (2016, p. 86), a discrepância econômica entre o fornecedor e o consumidor torna injusta a negociação, pois, se parece interessante para o fornecedor pôr fim ao conflito de forma rápida, para o consumidor é uma questão de necessidade. Desta forma, o consumidor acaba optando por um acordo prejudicial, sendo lesado, dessa forma, em seu direito. Nas palavras do autor:

E há mais, porque, ao se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático de Direito (NEVES, 2016, p.86).

É necessário refletir sobre o potencial dos grandes bancos de utilizar-se desses mecanismos legais para promover práticas ilícitas. Ainda mais sabendo que a maioria dos consumidores não possui sequer conhecimento sobre todos os seus direitos, muitos, inclusive, não procuram a justiça.

3 AS PRÁTICAS ILÍCITAS E O CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO DAS INDENIZAÇÕES E COMPENSAÇÕES

Dentre os ilícitos cometidos pelas instituições financeiras, no ranking das reclamações mais frequentes divulgadas pelo Banco Central do Brasil, no 3º trimestre de 2019, a quinta maior causa de reclamação dentre os clientes de bancos é por conta

de débitos não autorizados em contas correntes, logo em seguida, na sétima posição temos cobrança irregular de tarifas por serviços não contratados.

Segundo pesquisa realizada pelo IDEC (instituto de defesa do Consumidor), ao analisar 70 pacotes de serviços dos cinco maiores bancos do país, entre o período de abril de 2017 e março de 2019, demonstrou que o reajuste médio das tarifas bancárias foi de 14%, quase o dobro da inflação, 7,45% no período. Existe uma cobrança abusiva por parte dos bancos que dominam as operações financeiras, formando verdadeiro oligopólio, colocando o consumidor em posição de extrema desvantagem. Mesmo com o crescente mercado e a inclusão dos bancos digitais, como descreve a pesquisa:

Na contramão dessa onda de acessibilidade e baixo custo, os bancos tradicionais continuam mantendo os preços dos serviços bancários em alta e promovendo reajustes abusivos de pacotes e tarifas avulsas, que alcançam até 50% e 89% respectivamente.

O Idec realizou um comparativo das tarifas dos cinco principais bancos do país (Banco do Brasil, Bradesco, Caixa, Itaú e Santander) no período entre abril/2017 e março/2019. Os reajustes na maioria dos bancos ficaram muito acima da inflação, medido pelo Instituto Brasileiro de geografia e Estatística (IBGE) a partir do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). No período o IPCA foi de 7,45%. ” (IDEC, 2019).

O volume dos lucros obtidos é tão alto, que o IDEC continua dispondo:

Conforme estudo disponível sobre o desempenho econômico dos cinco maiores bancos brasileiros, produzido pelo DIEESE1, é sabido que atualmente a receita de tarifas dos cinco maiores bancos pesquisados, cobrem a folha de pagamentos da instituição, ainda que essa não seja a atividade-fim dos bancos. Os reajustes muito acima da inflação contribuem para a manutenção deste cenário, que onera fortemente o consumidor final (IDEC, 2019).

Essas condutas estão previstas e são defesas no CDC, estão disciplinadas no título das práticas abusivas. Para maior explicação, Dias de Oliveira e Vasconcelos afirmam que:

Por outro lado, na busca por uma definição mais segura, o Código define apenas como práticas abusivas aquelas que se dão no sentido vertical da relação, ou seja, do fornecedor ao consumidor. Isto se dá em face da incontestável disparidade de elementos de poder dentro dessa relação. Alguns dos elementos que podem ser verificados seriam: maior capacidade econômica, conhecimento técnico do produto e do serviço, a

obtenção de lucro, antecipação na proteção contra os riscos, maior capacidade jurídica de defesa, entre outros. Enfim, estas condições elevam ao patamar de vantagem o fornecedor em relação ao consumidor (DIAS DE OLIVEIRA; VASCONCELOS, 2017).

Diante desse quadro, o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a doutrina e a jurisprudência, tem a difícil tarefa de equilibrar as partes nessas relações, pois os bancos tem uma enorme capacidade econômica, além de todo aparato técnico.

Sobre a quinta maior causa de reclamação entre os clientes de bancos e, talvez, a mais nociva para o consumidor, que são os débitos não autorizados. Em pesquisa rápida pela jurisprudência, podemos encontrar variadas formas, pelas quais os bancos utilizam para lucrar em cima dos consumidores. A título de exemplo podemos citar ação civil pública julgada pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, conforme ementa:

E M E N T A CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO CÍVEL. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO MODALIDADE CARTÃO DE CRÉDITO. PRODUTO DISTINTO DO ADQUIRIDO PELO CONSUMIDOR. INDUÇÃO A ERRO. AUSÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. JUROS ABUSIVOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. I. A instituição bancária tem o dever de informar ao consumidor, de forma clara, os termos exatos do contrato firmado, configurando indução a erro quando 44 (quarenta e quatro) contratantes adquirem empréstimo consignado modalidade cartão de crédito acreditando estar contraindo empréstimo com taxas de juros vantajosas. II. Em que pese o entendimento jurisprudencial pátrio esteja consolidado no sentido de considerar legítima a taxa de juros remuneratórios cobrada por instituições bancárias em percentual superior a 12% (doze por cento) ao ano, é certo que estes devem ser compatíveis com a taxa média de mercado, o que não se observou na espécie. III. Apelação não provida.

(TJ-MA - APL: 0073352012 MA 0000187-86.2011.8.10.0060, Relator: ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/06/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/06/2014)

Na referida ação, foram discutidos quarenta e quatro contratos de empréstimos consignados na modalidade cartão de crédito. Os alvos desses contratos são os aposentados, muitos hipossuficientes e com baixo conhecimento financeiro, sendo facilmente induzidos ao erro no momento da contratação pelos treinados prepostos das instituições. Os contratos em questão, de acordo com entendimento da turma julgadora, contêm cláusulas abusivas que colocam o consumidor em extrema desvantagem, além

de que, há uma evidente falta de informação e transparência na prestação do serviço.

Nessa ocasião foram levados ao processo apenas 44 casos, porém, ao pesquisar no jusbrasil, utilizando como palavra-chave juros abusivo e empréstimo consignado, encontramos facilmente mais de 10 mil resultados.

Os bancos utilizam esses contratos de empréstimos na modalidade cartão de crédito para expandir o limite do empréstimo consignado. Ocorre que, de acordo com o artigo 6º da lei 10.820/2003, os descontos e as retenções nos benefícios não podem ultrapassar o limite de 35%, sendo que 5% devem ser utilizados exclusivamente para amortização das dívidas do cartão de crédito. Então ao invés de oferecer um empréstimo consignado comum, os bancos, com vistas numa maior margem de lucro, oferecem um empréstimo vinculado a um cartão de crédito, o que possibilita uma maior retenção.

Para tanto, os prepostos das instituições são pessoas altamente treinadas e instruídas para convencer, ou melhor, ludibriar os potenciais consumidores. Estes, por sua vez, acabam por contrair um serviço diverso do que acreditam estar contratando, que é extremamente vantajoso ao banco em detrimento do consumidor.

Embora declarada a abusividade da conduta, ações tendo como o objeto contratos nesses moldes aparecem recorrentemente na justiça. Sendo uma clara demonstração de que as decisões, apesar de pacificarem as lides que trazidas a julgamento, não são capazes de inibir a poliferação de novos ilícitos. Em trecho extraído do voto do Desembagador Antônio Guerreiro Júnior, na citada jurisprudência, o mesmo faz menção à quantidade de demandas sobre o tema:

Como cediço, os tribunais pátrios possuem inúmeras demandas nas quais consumidores alegam terem sido vítimas de golpes, uma vez que, acreditando contratar empréstimo consignado, são cobrados por empréstimo consignado modalidade cartão de crédito.

Esta Egrégia Corte também possui diversas ações que tratam desse tema, posicionando-se no sentido de considerar ilegal e abusivo o empréstimo consignado com adesão em cartão de crédito nas hipóteses em que não restar comprovado que o contratante efetivamente utilizou o produto, o que implica no reconhecimento de que o consumidor foi levado a erro(TJ-MA - APL: 0073352012 MA 0000187-86.2011.8.10.0060, Relator: ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/06/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/06/2014).

Não se sabe com exatidão o número de demandas envolvendo abusos do tipo, afinal, todos os dias surgem novas ações na justiça. O fato é que notoriamente os mecanismos de responsabilidade civil, como a indenização e a compensação por danos materiais e morais, pura e simplesmente, parece não surtir efeito no sentido de educar e punir aqueles que cometem ilícitos. Muitas vezes, os magistrados limitam o dano com base na própria legislação, pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assim como para não promover o enriquecimento sem causa, a título de exemplo temos a decisão do TJ-PE:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - BANCO - DESCONTOS INDEVIDOS - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - REPETIÇÃO DOBRADA DO INDÉBITO DECOTADA - APELO PROVIDO EM PARTE. 1. Tratando-se de débitos no pagamento da aposentadoria por empréstimo não contratado junto à instituição financeira, há que se reconhecer a responsabilidade civil objetiva da ré, exurgindo-se, daí, o dever de indenizar pelos danos morais e materiais sofridos. Inteligência do artigo 14 do CDC. Instituição financeira que não se desincumbiu de comprovar a regularidade da comprovação, após a inversão do ônus da prova. 2. É cediço que, na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. 3. Situação de hipossuficiência do consumidor, aposentado, analfabeto, de 84 anos no momento da propositura, que sofreu os descontos indevidos não contratados durante cinco anos, correspondendo a 60 (sessenta) prestações, de R\$ 9,09 (nove reais e nove centavos). Ao concreto, demonstrada a ilicitude do ato praticado pela ré, e sopesadas as demais particularidades do caso, adequada a fixação do valor de R\$ 4.713,52 (quatro mil setecentos e treze reais e cinquenta e dois centavos) a título de danos morais, arbitrado pelo Juiz da causa. 4. Repetição simples do indébito que se impõe, uma vez que a instituição financeira adotou providência assecuratória em favor do consumidor, mesmo que insuficiente. Engano justificável verificado na hipótese, pois o banco estava de posse de contrato assinado, documentos do apelado e comprovante de residência. 5. Apelo conhecido a que se dá parcial provimento (TJ-PE - APL: 5203652 PE, Relator: Humberto Costa Vasconcelos Júnior, Data de Julgamento: 20/02/2019, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 1ª Turma, Data de Publicação: 27/02/2019).

Trata-se aqui, de um desconto indevido que foi cometido contra um idoso, analfabeto, durante o período de 5 anos. Na acordão, o egrégio tribunal decidiu pela condenação de indenização pelos valores descontados, devendo estes serem devolvidos em dobro, em conformidade com o parágrafo único do artigo 42 do CDC, mais uma compensação em dano moral à vítima, em um valor de R\$ 4.713,52. Valor irrisório frente ao grande lucro dos bancos.

Ao limitar o dano moral, em muitos casos os magistrados favorecem as más práticas bancárias, que lucram ao locupletar pequenos valores de consumidores. Em alguns casos, por conta do baixo valor que é descontado, não há sequer indenização a título de danos morais, fazendo com que a conduta ilícita que atinge uma grande quantidade de consumidores não seja punida.

Em uma decisão do TJ-MG, versando sobre descontos indevidos por parte da instituição financeira, foi negado o dano moral, em sede recursal, por se tratar de pequenos valores, conforme emenda:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – DESCONTOS INDEVIDOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – APENAS UM DESCONTO DE PEQUENO VALOR – CONTRATO EXCLUÍDO PELO BANCO - MERO ABORRECIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não cabe indenização por dano moral quando efetuados apenas um desconto indevido e de pequeno valor, sendo a irregularidade sanada de imediato pelo banco (TJ-MS - AC: 08002943320198120005 MS 0800294-33.2019.8.12.0005, Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade, Data de Julgamento: 30/06/2020, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/07/2020).

Na decisão em questão, os magistrados alegaram que os descontos eram de pequeno valor, não capazes de gerar dano moral, sendo apenas um mero aborrecimento ou dissabor. Embora possa parecer correta a interpretação da egrégia corte, devemos pensar no efeito do processo como um todo, além do ânimo do ofensor em lucrar com o ato ilícito. Um desconto de pequeno valor cometido contra milhares de pessoas faz uma soma de grande valor, tornando-se economicamente viável para os bancos a difusão dessas práticas. Dessa forma, temos o dano eficiente, na qual o ofensor consegue lucrar com ilícitos.

Não aplicar uma punição em caráter punitivo-educacional pode fazer com que a

decisão, mesmo resolvendo a lide de maneira individual, não promova a mensagem de que a prática deve ser repreendida. Além do mais, isso deixa o ofensor, no caso, as instituições financeiras, em grande vantagem, sabendo que a punição nunca irá ultrapassar os lucros obtidos.

Tratando das funções da responsabilidade civil, Nelson Rosenvald (2017, p.25) estabelece três funções: reparatória, punitiva e precaucional. Em relação a primeira, trazendo a discussão para o caso supracitado, é possível afirmar que houve a reparação, ao menos no âmbito material. A grande celeuma, entretanto, está na aplicação das funções punitivas e precaucionais.

A função reparatória, devidamente expressa em nosso ordenamento, tem como objetivo restaurar uma situação patrimonial ao seu estado anterior à lesão. Desse modo, não se busca através dessa função, qualquer sanção ao ofensor. Na função punitiva, entretanto, almejava-se além da satisfação do ofendido, uma sanção ao causador do dano, com vistas a repreender o ato praticado.

Em alguns casos, apenas a restituição não é suficiente para se alcançar o efeito jurídico esperado de uma sentença, qual seja, desencorajar as condutas ilícitas. Para tanto, em outros países, o ordenamento possibilita a aplicação do chamados *punitives damages*.

Explica Nelson Rosenvald (2017, p. 191), que em países como a Inglaterra, nas ocasiões que a lei permite, existe a possibilidade de aplicar uma condenação punitiva, com base no *punitive damages*. No direito inglês, é possível a aplicação do referido instituto na proteção de direitos autorais, contra condutas vexatórias, opressivas, arbitrárias ou inscontitucionais promovidas por funcionários públicos contra um cidadão ou quando o autor do ilícito atua na perspectiva de lucrar com o ato, configurando o ilícito lucrativo discutido anteriormente.

É justamente dentro dessa hipótese que se encontram as decisões trazidas a discussão no presente artigo, na qual o autor do dano visa primeiramente o lucro e age de forma reiterada, por saber que o lucro obtido é maior que uma eventual condenação.

No direito comparado, a legislação Norte-Americana também traz a figura dos *punitive damages* que, nas palavras de Nelson Rosenvald(2017, p.193):

Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma

conduta arbitrária. A finalidade do rémédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. Os punitives damages possuem grande importância em litígios de responsabilidade civil. Tradicionalmente, entretanto, eles não são concedidos em ações contratuais, não importa o quão malicioso foi o inadimplemento. Entretanto, se a violação do contrato for acompanhada de conduta maliciosa autônoma, os punitives damages estarão presentes.

Dentro da lógica de aplicação do *punitives damages*, temos a superação do binômio de dano/reparação, aplicando uma indenização com verdadeiro caráter punitivo-pedagógico. Exemplo próximo dessa aplicação, no jurisprudência pátria, embora ainda insuficiente, é a decisão do TJ-MS:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – RELAÇÃO DE CONSUMO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO – DESCONTO INDEVIDO EM PROVENTOS DE APOSENTADORIA POR EMPRÉSTIMO NÃO CONTRATADO – FALHA DO BANCO NA PRESTAÇÃO ADEQUADA DOS SERVIÇOS CONTRATADOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO PROVIDO. 1) Se o banco réu não junta, com a contestação, qualquer prova relacionada ao repasse do valor do empréstimo que alega ter concedido ao autor, há de devolver os valores descontados, que passam a ser reputados como indevidos. 2) A conduta lesiva da instituição financeira, que levou o requerente a experimentar descontos mensais em sua aposentaria, caracteriza danos morais. 3) Por um critério de razoabilidade, deve a indenização pelo dano moral ser fixada tendo em vista os transtornos gerados e a capacidade econômica do réu, atendendo aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva. 4) Recurso provido (TJ-MS - AC: 08167178020198120001 MS 0816717-80.2019.8.12.0001, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 30/09/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 02/10/2020).

Nota-se claramente a preocupação do magistrado em aplicar o caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil, ainda que limitado pelo enriquecimento sem causa, porém, de forma ainda tímida, se levarmos em conta a capacidade do réu, pois na jurisprudência em questão foram fixados os danos morais em dez mil reais.

Ainda sobre o caso, temos uma divergência em relação ao julgado anteriormente citado, na qual a relatora Juliza Barbosa Trindade, em situação análoga,

decidiu por não conferir danos morais, alegando de se tratar de mero aborrecimento, por serem descontos de pequeno valor. Diferentemente do relator Dorival Renato Pavan, da mesma corte, que entendeu se tratar de dano moral *In Re Ipsa*, quando o dano é presumido, bastando para tanto que haja a comprovação do fato lesivo. Quando se trata de indenizações, precisamos também ter cautela, afinal, o judiciário não pode transformar-se em uma loteria, mas o fato é que, também não é possível permitir a lucratividade de um ato ilícito.

Se não é possível punir aos bancos de maneira eficiente sem promover o enriquecimento sem causa dos ofendidos, devemos então repensar nossos métodos punitivos. Outro instituto extraído do direito comparado é bastante interessante para demandas coletivas. Trata-se aqui do *disgorgement*, segundo a qual o fornecedor é obrigado a “vomitar” todos os seus lucros obtidos na prática do ilícito. Em ações civis públicas como a julgada pelo TJ-MA, parece interessante a aplicação do referido instituto, embora não haja expressamente uma previsão legal sobre o tema.

Segundo Nelson Rosenvald (2017, p. 148), a função reparatória e sua aplicação no direito brasileiro, limitam-se no dano causado ao ofendido. Para o autor, essa limitação justifica a manutenção dos lucros por parte dos ofensores, pois, impor a restituição dos lucros só seria possível com a imposição de uma pena civil.

A fixação da indenização, obedecendo as regras dispostas no artigo 944 do Código Civil, tem como base a dimensão do dano, sem avaliar os possíveis lucros obtidos com conduta, que por vezes, podem superar a pretensão reparatória. Assim sendo, os lucros obtidos, na visão do autor, são também ilícitos. Diante disso, a simples aplicação da indenização reparatória é verdadeiro incentivo a prática do ilícito, uma vez que o agente tem resultado positivo na balança, promovendo verdadeiro enriquecimento sem causa.

Nesse diapasão, a aplicação do instituto do *disgorgement*, seria para anular completamente o ânimo do ofensor, no caso das instituições financeiras, os lucros. Sendo essa medida de extrema eficácia para coibir novas condutas.

A dificuldade em aplicar o *disgorgement* também está em auferir os lucros oriundos dos atos ilícitos. No caso dos bancos, vemos que não se tratam de fatos individuais, e sim de ilícitos cometidos contra uma coletividade. Desse modo, a

aplicação do instituto passaria, primeiramente, pela propositura de ações civis públicas, englobando as demandas individuais que lidem com o mesmo problema. Há também uma dificuldade de adequação, visto que, os países que adotam a referida medida são signatários do *common law*, enquanto o ordenamento pátrio adota o *civil law*, de forma que seria necessário adaptar os institutos para a realidade jurídica brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o que foi exposto, fica evidente a dificuldade do judiciário de inibir os ilícitos de grandes instituições financeiras. A hipossuficiência e vulnerabilidade dos consumidores frente ao grande poder econômico, mesmo que aliado aos mecanismos do Código de Defesa do Consumidor, ainda não são capazes de inibir os ilícitos.

Em parte, o tratamento individual de um direito coletivo e difuso, por força dos vícios históricos adquiridos em razão da falta de uma codificação adequada às relações consumo, faz com que ainda nos dias atuais, o direito do consumidor seja interpretado e aplicado de maneira limitada. Como leciona Rizzato Nunes, nos Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (2015), a tradição civilista ainda encontra-se presente, ofuscando o direito do consumidor, que deve ser interpretado como um direito voltado ao coletivo e a produção em massa.

Como expostos através das análises das jurisprudências, as indenizações e compensações em danos morais não demonstram eficácia em relação ao caráter punitivo e educacional da medida. Em muitos casos, o dano moral é negado, com a alegação de se tratar de mero dissabor e aborrecimento. Essa interpretação é prejudicial ao consumidor e beneficia as instituições financeiras que conseguem sair impunes mesmo quando o consumidor busca o poder judiciário. Afinal, não há motivos para evitar os ilícitos, sabendo que, no máximo, serão obrigados a restituir os valores, sem qualquer punição.

Essa dificuldade parte, tanto do fato de se lidar com casos isoladamente, como também por conta dos mecanismos legais, visto que, no direito civil brasileiro, conforme aponta Nelson Rosenvald (2017), as indenizações e compensações são limitadas pelo dano, criando um cenário confortável aos ofensores que sabem previamente os riscos e

benefícios dos ilícitos. Em tal cenário, há uma grande disparidade e vantagem por parte dos bancos, tendo em vistas que as práticas financeiras são veiculadas através de contratos de adesão e alcançam um número elevado de consumidores, em que apenas uma parte procura a justiça para reinvidicar seus direitos.

Aponta o autor para possíveis soluções, para tanto, traz institutos do direito comparado, como o *punitives damages* e o *disgorgement*. Porém, tais institutos são produtos de sistemas jurídicos adeptos do *common law*, sendo necessária cautela na importação dos referidos mecanismos legais.

É necessário também uma maior participação dos órgãos que fazem o serviço de proteção ao consumidor, em especial o PROCON, e os demais órgãos legitimados à propor ações coletivas. Deste modo, é possível evitar a impunidade de determinadas condutas, assim como, impor medidas mais eficazes para prevenir e educar os ofensores.

REFERÊNCIAS:

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Ranking de reclamações** – 3º trim/2019. Brasília, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 Nov.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e das outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 24 Nov.2019

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

IDEC- instituto de defesa do consumidor. **Preços de serviços bancários** – comparativo do preço de serviços bancários (tarifas avulsas e pacotes) entre 2017 e 2019. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único/Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor/Rizzatto Nunes.** – 8º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor/Rizzatto Nunes.** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves. **Análise econômica do direito:** a responsabilidade civil na prevenção do dano ao consumidor. COMPEDI LAW REVIEW, Braga – Portugal. v-3 , n.2, p. 84-105 jul/dez.2017

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil:** a reparação e a pena civil / Nelson Rosenvald. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor / Sergio Cavaliere Filho.** – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil/ Nelson Rosenvald.** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

TJMA - **APL: 0073352012 MA 0000187-86.2011.8.10.0060**, Relator: ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/06/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/06/2014.

TJ-PE - **APL: 5203652 PE**, Relator: Humberto Costa Vasconcelos Júnior, Data de Julgamento: 20/02/2019, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 1ª Turma, Data de Publicação: 27/02/2019

TJ-MS - **AC: 08167178020198120001 MS 0816717-80.2019.8.12.0001**, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 30/09/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 02/10/2020

TJ-MS - **AC: 08002943320198120005 MS 0800294-33.2019.8.12.0005**, Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade, Data de Julgamento: 30/06/2020, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/07/2020

CopySpider Scholar Apoiar o CopySpider

Exportar relatório
Exportar relatório PDF
Visualizar ▾
Gerador de Referência Bibliográfica (ABNT, Vancouver)

TCC - Hiann.docx (18/11/2020):

Documentos candidatos

[jus.com.br/artigos/4...](#) [1,81%]

[docplayer.com.br/271...](#) [0,7%]

[editorajuspodivm.com...](#) [0,13%]

[esaj.tjms.jus.br/cjs...](#) [0,06%]

[gov.br/planalto/pt-b...](#) [0,01%]

[elledecor.com/design...](#) [0%]

[planalto.com.br/site](#) [0%]

[saraiva.com.br](#) [0%]

Arquivo de entrada: TCC - Hiann.docx (6144 termos)

Arquivo encontrado		Total de termos	Termos comuns	Similaridade (%)	
jus.com.br/artigos/4...	Visualizar	5326	204	1,81	
docplayer.com.br/271...	Visualizar	26989	231	0,7	
editorajuspodivm.com...	Visualizar	1016	10	0,13	
esaj.tjms.jus.br/cjs...	Visualizar	480	4	0,06	
gov.br/planalto/pt-b...	Visualizar	785	1	0,01	
tj-pa.jusbrasil.com....	-	-	-	-	Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403