

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/12/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34439-da-viola-o-da-bona-f-nos-contratos-de-empr-stimo-banc-rio-devolu-o-em-dobro-da-cobran-a-de-tarifa-de-abertura-de-conta-e-taxa-de-emiss-o-de-carn-tac-e-tec>

Autori: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Heverton Garcia de Oliveira

Da violação da boa-fé nos contratos de empréstimo bancário: devolução em dobro da cobrança de tarifa de abertura de conta e taxa de emissão de carnê – tac e tec

DA VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO: DEVOLUÇÃO EM DOBRO DA COBRANÇA DE TARIFA DE ABERTURA DE CONTA E TAXA DE EMISSÃO DE CARNÊ – TAC e TEC

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira¹

Heverton Garcia de Oliveira²

RESUMO

A legislação civil estabelece um modelo de conduta ética a ser seguida pelos contraentes, assim como estabelece o modo de reparar o dano causado. A regulamentação da regra de ouro das condutas, a boa-fé, ganha contornos diferentes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, principalmente no que tange à punição pela sua infração: O artigo 186 da norma civilista aduz que aquele que causa dano deve repará-lo, ou seja, deverá ser retomado o *status quo ante* a celebração do contrato, resultando na devolução do que foi pago. Por sua vez, a norma consumerista do art. 42, par. único obriga aquele que recebeu prestação indevida à devolução em dobro. Usualmente, as instituições bancárias cobram certas tarifas tidas como indevidas pelo Judiciário (Tarifa de Abertura de Conta - TAC e Taxa de Emissão de Carnê - TEC), permitindo a condenação dos bancos e afins à devolução de forma simples do que foi pago pelo consumidor, uma vez que, se não fica configurada a má-fé (oposta à boa-fé subjetiva), não condenando com a devolução dobrada. Entretanto, uma análise mais aprofundada entre as duas vertentes da *bona fides*, bem como uma investigação acerca da insistência destas instituições em cobrar aludidas tarifas não permitidas pelo ordenamento, será possível afirmar que a devolução deverá ser feita em dobro, uma vez que há infração à boa-fé objetiva, pois em casos que tais os fornecedores têm sido julgados, de forma reiterada pela prática abusiva, restando caracterizada a intenção de causar dano ao consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé; consumidor; empréstimo financeiro; cobrança de tarifa.

¹Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR – Umuarama. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

² Mestrando em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense – UNIPAR – Umuarama.

INTRODUÇÃO

“La bonne-foi: une mer sans rivages”.

A boa-fé, um mar sem margens.

(David-Constant, *apud*, NEGREIROS, 2002, p. 115).

Com a evolução das condições socioeconômicas da nação, o cidadão brasileiro passou a buscar com maior frequência, aquilo que julga ser seu por direito, e, principalmente amparado pela lei e pelo poder judiciário. O cidadão aprendeu a insistir, reivindicar, descobrir direitos não expressos nas leis que, por vezes, tardam a serem editadas. Após incessantes lutas para alcançar interesses, importantes conquistas sociais foram consagradas. É de se levar em conta que em um curto espaço de tempo o país deixou de ser predominantemente agrícola e com baixo nível de industrialização, com o comércio atrelado a valores conservadores para tornar-se palco de uma das economias mais importantes do mundo, dotada de uma massa de consumidores e variada gama de produtos até então indisponíveis no mercado. Como consequência do aprimoramento da sociedade e da modificação nas relações de compra e venda, foram levadas a efeito alterações na legislação pátria para tutelar novos interesses e direitos, e, destacadamente, as relações consumeristas que exigiam regulamentação específica.

Não apenas a forma de consumir se alterou, mas, também, o modo como os novos contratos passaram a ser protegidos pelo Estado, mais limitador da autonomia privada, não por pretender controlar por meio da intervenção estatal, mas para orientar a disciplina dos pactos, sob orientação constitucional, objetivando impedir abusos no âmbito das contratações. O comércio, os hábitos, as pessoas mudaram. O Direito precisou acompanhar a dinâmica negocial para proteger as mudanças positivas ocorridas. Nessa esteira, a proteção efetiva aos direitos do consumidor contra os abusos de direito comparece como segmento significativo do trânsito jurídico na atualidade para assegurar o equilíbrio das relações de consumo.

Por sua vez, a oferta de crédito, tão necessária para impulsionar o desenvolvimento nacional, hoje disponível para diversas classes econômicas, possui certas falhas na regulamentação das limitações impostas às instituições financeiras.

Enquanto houver necessidade e mercado para o crédito fácil, haverá, cada vez mais, a necessária contrapartida da busca pela tutela dos interesses dos consumidores.

Com a Constituição Federal de 1988 a população apoderou-se de certos mecanismos de controle e de influência das decisões políticas do país, conforme se verifica com o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção, as ações populares (cuja legitimidade pode ser estendida a não eleitores, de acordo com a interpretação dada ao texto constitucional), a constitucionalização dos direitos sociais e trabalhistas, a consagração do Ministério Público e das Defensorias Públicas, na defesa das minorias e das populações vulneráveis, a fim de aprimorar a tutela dos direitos coletivos. Essas possibilidades, inevitavelmente, geraram sentimentos de democratização do controle dos assuntos coletivos e a judicialização de diversos conflitos, outrora restritos ao âmbito político.

Por determinação dos incs. XXXII, art. 5º, e inciso V, art. 170, ambos da CF/88, o consumidor passou a ser majoritariamente tutelado pela Lei nº. 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que ao inovar o sistema legal com o aperfeiçoamento do então chamado microcosmo do direito coletivo, inevitavelmente, confrontou o tradicional sistema jurídico, predominantemente individualista. Entretanto, é por conta desta inovação que decisões favoráveis ao interesse comum vêm sendo possíveis, em detrimento do liberalismo econômico-social, sendo que ainda haverá um longo percurso à frente, com o qual se espera, o presente ensaio venha a contribuir.

A mudança de paradigmas do individualismo para o coletivo, exige do pensador do direito mais cautela na aplicação de institutos criados para um sistema que visa regulamentar condutas realizadas apenas entre partes, que pouco ou nada afetam os outros ao redor, quando da tutela de interesses que refletem os anseios de muitos outros em situações semelhantes (por qualquer das formas de classificação dos interesses coletivos do art. 81 do CDC), sob pena de tornar falho um instituto que até então eficiente, e que, por estar contaminado pela concepção individualista, mostra-se inapto a tutelar o mesmo interesse diante de uma causa que diz respeito, nos mesmos moldes, a diversas pessoas.

No sentido até então exposto, é necessário e urgente, tecer reflexões sobre o princípio da boa-fé contratual, no que tange à aplicação do CDC, quando dos contratos preparados por instituições financeiras, que são pessoas jurídicas,

centrando e mantendo cláusulas acerca das quais o Judiciário já se manifestou diversas vezes sobre a invalidade, mas que continuam constando nos instrumentos contratuais a ser objeto de novos pactos, justamente por se tratar de um contrato de adesão “individual” em que o consumidor não pode reclamar a retirada das cláusulas, ainda que discorde delas, sob pena de não poder conseguir o crédito bancário de que precisa.

1 O DIREITO CONTRATUAL E A BOA FÉ

O direito contratual, dotado de intensa dinamicidade, responde por significativa parcela das relações contratuais, presentemente, com implicações diretas no perfil da economia mundializada. Não é possível transferir e gerar riquezas sem os contratos, que por sua vez, sofrem influência e controle do direito contratual. A industrialização, a fabricação em série e a urbanização respondem por parte significativa do contexto negocial estimulando e exigindo a um só tempo a efetividade da tutela competente do direito contratual. Mas, mesmo diante da importância dos contratos, verifica-se que é cada vez mais frequente que contratantes vulneráveis firmem pactos e depois constatarem a presença de cláusulas abusivas que deverão ser revistas judicialmente, se não houver reconhecimento amigável, por acarretarem desequilíbrio, comprometendo a execução do contrato. Estaria o contrato enfrentando outra crise, agora a crise das cláusulas abusivas e da moralidade negocial?

Diante desta possibilidade de nova e outra *crise no contexto do contrato*, é certo que o consumidor-contratante vem tomando, cada vez mais, consciência da possibilidade de alteração de cláusulas que supõem serem desvantajosas, as quais sempre existiram, mas, que podem, graças à atual proteção legal, serem revistas frente às possibilidades jurídicas da revisão contratual objetivando o equilíbrio e conservação do contrato.

Por este percurso, a proteção do contratante está assegurada pela conjugação do direito contratual de natureza civil e de natureza consumerista dirigidos, respectivamente, à tutela de relações individuais, e relações entre fornecedor e consumidor, principalmente, ao se referir aos contratos de adesão, em que a parte legalmente considerada hipossuficiente (o consumidor – art. 4º, I, CDC) está na desvantagem. Há que se buscar a peculiaridade existente nos contratos de

adesão, quando elaborados por uma instituição dotada de melhor técnica e ofertados ao consumidor, sem que este possa realizar um controle em abstrato de todos os acordos de determinada empresa, mas, apenas, isoladamente, ainda que todos eles contenham a mesma cláusula abusiva.

É possível verificar que os contratantes acreditam na validade e eficácia dos pactos que firmam, mas colocam em dúvida *as condições, ou se assim, se pode dizer, perderam a fé em relação à natureza de certas cláusulas*. Esta *fé*, descrita alhures, não é a mesma do instituto jurídico da *boa-fé objetiva*, e que, possui diferentes sentidos.

No direito processual civil, agir de boa-fé guarda significado com o dever de probidade processual, e tenciona pela não utilização de “*mecanismos de chicana e fraude processual [...], (CPC 14, II e III)*” (NERY; NERY. 2007, p. 207).

Por sua vez, no direito civil, tal instituto apresenta-se no direito contratual com uma função tríplice, pois deve visar a: (a) proteção das “*razonables expectativas generadas por los contratos*”, por que “*crea um incentivo para celebrar [...], se assegura el reparto de riesgos previsibles que las partes han acordado*” (LORENZETTI, 2004, p. 152); (b) pode servir de fundamento para a execução dos acordos firmados; e por fim, (c) é escudo contra aqueles que possuem melhores condições, em favor dos menos favorecidos, uma vez que, se não houvesse diferença socioeconômica entre os contratantes, o próprio direito contratual seria desnecessário (LORENZETTI, 2004, p. 152/154).

Historicamente, o princípio da autonomia da privada foi, e é, dentre os princípios contratuais, um dos mais destacados pela doutrina e jurisprudência, presentemente, com fundamentos “*junto aos princípios constitucionais (...) sendo indispensável o estudo equiparado entre os dois segmentos*” (NALIN, 2001, p. 161), posto que decorrente do direito à liberdade individual. Diante de tantas alterações judiciais dos contratos que, hipoteticamente são fruto de uma discussão entre duas partes capazes de decidir sobre o que é melhor para si, antes que o negócio fosse firmado, este princípio estaria sendo colocado em cheque?

Existem outros critérios para a valoração da eficácia ou não de um contrato, que não apenas o da autonomia das partes. Vejamos:

Não é possível reivindicar a manutenção do contrato com base na liberdade dos contratantes, se não for protegida a confiança que uma parte tem (ou deveria ter) na outra. Nesse ponto, há que se falar na necessária tutela da confiança, diante

da qual *“desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios da superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva”* (MARTINS-COSTA, 1992, p. 1140).

Contudo, a solidariedade contratual, defendida por Nalin (2001, p. 177) anuncia a proteção da dignidade humana, já que está voltada para *“a verticalização dos interesses do homem, eficaz o suficiente para aniquilar as desigualdades subjetivas e regionais, configurando-se como indissociáveis, a solidariedade e a igualdade”* (Idem, p. 177/178).

E, por derradeiro, reivindica-se a boa-fé que se divide em duas vertentes, a subjetiva e objetiva.

“Analisando sob a ótica subjetiva, a boa-fé apresenta-se como uma situação ou fato psicológico. Sua caracterização dá-se através da análise das intenções” (NEGREIROS, 2002, p. 120), a qual pode ser encontrada no ordenamento cível (Código Civil de 2002), em diversas passagens, tais como no art. 167, § 2º (proteção de terceiro que não sabia da simulação no negócio jurídico realizada contra si) e art. 637 (proteção do herdeiro que não sabia dos vícios da coisa depositada em seu nome e a vende); mas é no art. 1.201 que o Civil ilustra melhor o instituto ao afirmar que *“é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”*. Portanto, a boa-fé subjetiva contrapõe-se à má-fé (que não se divide em subjetiva ou objetiva), pois quando o Código afirma que aquele que está de posse da coisa *sabe ou não* se ela vício, faz uso de um elemento subjetivo: *saber*. Para Coelho, a boa-fé subjetiva *“tem relevância para o direito das coisas, mas não é operacionalizável no direito dos contratos”* (COELHO, 2009, p. 33) – todavia, discordamos em parte, desse entendimento, conforme será exposto adiante.

O Código de Defesa do Consumidor tutela a boa-fé sem fazer alusão a qual das duas vertentes está a se referir, por meio de duas passagens: art. 51, IV, que torna nulas todas as *“obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”*, e art. 4º, *caput*, que exige transparência e harmonia nas relações de consumo. A primeira vista, trata-se da boa-fé objetiva, pois não se toca no assunto da vontade ou consciência de dano. Todavia, há que se fazer melhor análise com

base na interpretação dos textos e julgados acerca da matéria em questão. Vejam-se, por adequado, as decisões dos tribunais pátrios que têm determinado a devolução em dobro, consoante regra do artigo 42, parágrafo único do CDC, apenas quando há comprovada má-fé, do contrário, prevalece a presunção de boa-fé (subjetiva), enquanto que a boa-fé objetiva fica preterida, dando azo à devolução simples dos valores pagos a título de tarifa indevida. A inobservância do “estado de má fé” deve ser confrontada, em casos que tais, com o princípio da vedação de retrocesso, apregoadado por CANOTILHO, e devendo ser aplicável em sede negocial, com amparo, inclusive, do diálogo das fontes. A reiterada inclusão de cláusula abusiva em contrato de adesão, por si, caracteriza a má fé, como tal devendo ser considerada.

2 DAS AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DAS TARIFAS TAC E TEC

Levando-se em consideração o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, as ações que pugnam pela devolução dos valores pagos a título de taxa de abertura de conta e de emissão de carnê (TAC e TEC) – ou qualquer outra nomenclatura equivalente –, percorrem o seguinte caminho processual:

O consumidor requer devolução das parcelas pagas a título de TAC e TEC, alegando que se trata de tarifas abusivas. Os fornecedores sustentam que as cobranças realizadas não foram realizadas de má-fé (buscando convalidar a boa-fé subjetiva), haja vista que estas cobranças não foram proibidas pela Resolução nº. 3.517 de 2007 do Banco Central (que enumera quais serviços não podem ser cobrados dos clientes), e que o princípio da autonomia da vontade deve ser protegido, uma vez que as pessoas *sabiam da existência* destes encargos, quando da assinatura do contrato.

A sentença pode variar de acordo com o entendimento majoritário de cada tribunal – todavia, é nacionalmente expressiva a quantidade de tribunais que garante a tutela reivindicada pelos consumidores. Quando decidem pela procedência da demanda, considerando as cobranças ilegais e abusivas, afirmam que, em que pese exista omissão na regulamentação do Banco Central, há infração dos seguintes artigos da norma consumerista: (a) *Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: V - exigir do consumidor vantagem*

manifestamente excessiva; já que tais cobranças são inerentes ao serviço de crédito bancário, portanto, devem ser arcados pela instituição; (b) Aplica-se a nulidade da regra, conforme o art. 51, IV e XV, que prega que: *Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; e XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.* E, por fim, determinam a devolução simples das quantias desembolsadas pelo devedor, e não em dobro, do art. 42, Par. único – por entenderem que a existência de boa-fé *subjetiva* faz com que apenas seja restaurado o *status quo ante*.

No Paraná, tanto nas Câmaras Cíveis quanto a Turma Recursal, predomina este entendimento. Nesse sentido, verificar a Apelação Cível nº. 0860796-5, Rel. Des. Sérgio Roberto Nóbrega Rolanski, 8ª Câmara cível, 06/09/2012, o qual cita como referência, mais 5 decisões de outras Câmaras, e em diferentes datas, do mesmo Tribunal. Assim também o Tribunal de Justiça de São Paulo, como na Apelação nº 5269-46.2009.8.26.0150, Rel. Des. Melo Colombi, 14ª Câmara de Direito Privado, julgada em 03/10/2012, que contém no voto do relator, trecho que permite a aplicação do inciso XII do art. 51 do CDC, qual seja: *Art. 51. São nulas de pleno direito (...) as cláusulas (...) que: XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor.* Este julgado também apresenta diversas referências a outras Câmaras e outras datas para reforçar a amplitude do entendimento no Tribunal.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, além de possuir jurisprudência consolidada nesse mesmo sentido, apresenta, ainda, pelo menos, desde 2005, uma inovação no que tange à possibilidade do juízo declarar de ofício a nulidade das cláusulas TAC e TEC, ainda que não tenha sido este o pedido da parte por aplicação dos artigos 166, VII do Código Civil (que faz ligação direta com a nulidade prevista no art. 51 do CDC), e o art. 168, em seu parágrafo único, do mesmo *codex*, que possibilita ao magistrado, o reconhecimento de ofício, conforme voto do Relator Des. Carlos Alberto Etcheverry, na Apelação Cível nº 70011600418, julgada em 08/09/2005. Em outro acórdão semelhante, os Desembargadores ainda lembram que, no caso da Taxa de Abertura de Crédito, trata-se de uma imposição apenas pela simples liberação do crédito, e não por um serviço posto à disposição do

consumidor, e que a Tarifa de Emissão de Carnê não é necessária, pois o credor tem o dever legal (do art. 319 do CC) de dar recibo da quitação da dívida, de maneira que, se pretende que o cliente pague por meio de outro documento, deve arcar com as custas do feito.

Já o Superior Tribunal de Justiça apresenta divergências entre a 3ª e 4ª Turmas, e na jurisprudência das próprias turmas. Diversos recursos em ações individuais não acolheram o pedido de nulidade das cláusulas, consoante se observa no Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 1.312.674/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, Julgado em 22/05/2012, e no Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 1.309.365/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, Julgado em 07/08/2010. Curiosamente, quando se tratou, por duas vezes, de ações coletivas, os acórdãos garantiram a condenação das instituições, como ocorreu no Recurso Especial n.º 1.161.411/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 01/09/2011, e no Recurso Especial n.º 794.752/MA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 18/02/2010, ambas confirmando as decisões dos tribunais de justiça estaduais que condenavam os bancos à devolução simples das tarifas cobradas, ainda afirmando não ter havido má-fé, uma vez que não foi comprovada a existência de atos suficientes a destruir a presunção de boa-fé subjetiva.

É necessário rever os fundamentos e interpretação dos tribunais afastando a condenação na devolução em dobro. No primeiro deles, diz-se que os réus agem de boa-fé porque cobram aquilo que está estabelecido no contrato, cujas cláusulas são de total ciência daqueles que o assinaram. Questiona-se: havia possibilidade do contratante se manifestar contrariamente à imposição daquela cláusula? Por óbvio que se ele não a admitisse poderia procurar outra instituição, mas, essa é mais um questão, justamente porque todas as instituições utilizam-sedo mesmo expediente.

Nas suas extremas consequências, manter o posicionamento de que não há má-fé na cobrança destas cláusulas e que as devoluções, portanto, deverão se dar de maneira simples, significa dizer que nenhuma cláusula pode ser reavaliada pelo poder judiciário, retomando-se a autonomia privada como princípio supremo. Levando-se em consideração a *padronização* dos contratos de adesão de instituições financeiras, nos quais o consumidor não tem oportunidade sequer de se manifestar contra as cláusulas que o desagrada, não é possível dizer que houve concordância completa em relação a todas as avenças, mas que acorda somente com o objeto principal do contrato – o empréstimo, o valor da taxa de juros e a

quantidade de parcelas. Prova maior disto, reside no grande número de ações revisionais em decorrência do teor abusivo de certas condições do contrato celebrado sem possibilidade de um verdadeiro ajuste de termos e condições, celebrado em decorrência da necessidade do contratante mais débil que precisava do empréstimo.

A cláusula não pode ser considerada prontamente aceita pelo consumidor porque não lhe foi garantido: 1º) as informações necessárias à garantia de um “*consentimiento pleno*” (LORENZETTI, 2004, p. 95), necessário para a efetividade da autonomia privada. O consumidor, em regra, desconhece que o contrato de empréstimo celebrado com a instituição financeira contém uma cláusula que é entendida como abusiva por boa parte dos tribunais pátrios. Se um carro sai de fábrica com defeito numa determinada peça, todos os outros da mesma série devem ser recolhidos do mercado, o chamado *recall*. Não trocam o carro inteiro, mas apenas a peça com defeito (art. 10, parágrafo 1º do CDC), o mesmo deveria ocorrer com todos os contratos *produzidos em série*, que possuem uma cláusula abusiva, e que estão ferindo os direitos de diversas outras pessoas que firmaram o mesmo tipo de acordo! Se isso não ocorre espontaneamente, surge a inércia intencional de permitir que outros sejam lesados pela deficiência no serviço, e aí, a má-fé.

De fato, as cláusulas são eficazes, vinculam as partes, mas não podem ser consideradas válidas, pois contrárias ao CDC. Em tais circunstâncias, cabe gizar não ter havido qualquer alteração na legislação consumerista que, contudo, não vem sendo observada em favor do contratante vulnerável, por parte de certa corrente jurisprudencial. Cabe remarcar o entendimento importante dos melhores julgados restando assentado que tarifas TAC e TEC não são legítimas. Não é porque o BACEN deixou de proibi-las que são permitidas, mas são indevidas por serem claramente contrárias ao CDC. Dessa forma, instituições financeiras que reiteram a manutenção daquelas tarifas em seus contratos devem ser considerados como cláusula pactuada de má-fé cujo mister acaba por prejudicar o contratante que desconhece a ilegitimidade de tais tarifas. Mesmo aqueles que recorrem ao judiciário são compensados somente com o pagamento simples, o que não acarreta prejuízos para aquele que determina as cláusulas contratuais por adesão.

A regra do art. 5º, XXIII, da CF/88 (a propriedade atenderá a sua função social), repetida na versão civilista do art. 421 do CC/2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” condiciona os

contratantes completamente, vinculando-os ao dever de providenciar para que todos os seus contratos cumpram com a função social, concedendo à sociedade seus benefícios. Assim sendo, quando se atinge economicamente, desta maneira, um grande número de pessoas que assinam contratos semelhantes, estar-se violando um direito metaindividual (individual homogêneo – art. 81, III, CDC), obviamente atentando contra a função social.

Não pode ser admitido que o mesmo tipo de contrato, assinado por um grande número de indivíduos no país, possibilite a revogação das cláusulas ilícitas apenas para os que se socorrem ao judiciário, enquanto que aqueles que não o buscam, permanecem sendo prejudicados, afinal, *“a função social não é um direito imposto pelo Estado, mas uma limitação aos interesses individuais, quando estão presentes os direitos metaindividuais”* (LORENZETTI, 2001, p. 111 – em tradução livre para o português).

3 NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DA MUDANÇA DE PARADIGMAS

Com a reunião dos argumentos até então esposados, torna-se transponível a compreensão dos limites da má fé, evidenciada nos pactos que estabelecem cláusulas abusivas sob a forma de adesão, amplamente disponibilizados ao consumidor para mais tarde serem revisadas em juízo. Torna-se necessário e possível, reinterpretar esta particularidade nos contratos de empréstimo formatados de forma adesiva, para romper, em definitivo, com o paradigma civilista individualista, de modo a reforçar a tutela dos interesses coletivos, de forma especial, do consumidor. Um consumidor afetado diretamente num contrato que se repete com o mesmo vício inúmeras vezes, prejudicando outros consumidores, não pode significar outra coisa que não o alerta de violação direta daqueles que se encontram na mesma situação.

Em análise mais detida do texto da lei, é possível apreender que o CDC não trata da boa-fé objetiva da mesma forma como o faz o CC: quando não há boa-fé no direito civil, a parte socorre-se ao judiciário para exigir uma ação ou omissão por conta do contrato. É a forma de tutelar a boa-fé ‘pré-’, ‘durante’ e ‘pós-’ contratual. Por sua vez o CDC, ao falar em nulidade das cláusulas que fogem desse princípio, reporta-se a *“obrigações”*, podendo referir-se a uma cláusula apenas ou a todo o contrato.

Além disso, o art. 4º, inciso III do CDC, direciona a Política Nacional das Relações de Consumo traz para o instituto da boa-fé diversas noções subjetivas quando afirma que deverá haver “*transparência e harmonia*” e o “*equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”. Quando estabelece tais critérios, o CDC não o faz nos moldes do CC, referindo-se às tratativas negociais e maneira de execução do contrato; a transparência é reportada como se voltada à “*consciência*” da parte enquanto realiza o negócio. Isso pode significar a importância de mesclar as duas formas de disciplina adotada para a boa-fé. Neste sentido e conforme Lorenzenti a sociedade “*Le interesa que haya buenos contratantes, que obren bien, socialmente, y ello configura um nuevo espíritu contractual que puede denominarse ‘principio de socialidade’*” (2011, p. 99).

No entanto, arremata Perlingieri:

A tarefa de implantação deste novo paradigma não é simples, pois transita pela individualização de um sistema de Direito Civil, harmonizado com os princípios fundamentais e particulares da pessoa humana (princípios fundamentais), até porque, neste segmento constitucional se localizam muitas normas essencialmente civis; pela redefinição do fundamento e extensão dos institutos jurídicos e especialmente daqueles civis sob o manto de uma nova funcionalização e de um renovado juízo de meritovolezza [merecimento de tutela], adequação das técnicas e instrumentos da teoria da interpretação, não só aspecto legal, mas, sobretudo, no contratual.” (apud NALIN, 2001, p. 88).

A nova funcionalização inclui a função ética do contrato, fundada na boa-fé objetiva e seus deveres anexos, exigindo lealdade, cooperação, transparência, equilíbrio e dignidade no trato. Não por outro fundamento a propaganda enganosa, consubstancia-se em má-fé, pois há a intenção de prejudicar o adquirente do produto. As ofertas de crédito não baseadas no real valor dos juros e taxas cobradas, havendo ainda omissão com relação ao valor a ser pago à maior para a liberação do montante de empréstimo não podem ser consideradas como lealdade e transparência. As tarifas TAC e TEC elevam o valor das prestações, representando um valor extra, cobrado com a mesma correção incidente em todo o restante do contrato.

Numa tentativa de explicar matematicamente o que ocorre, tem-se que o consumidor que deseja emprestar o valor “A”, com juros “X”, acaba tomando emprestando “A+B” (sendo B, o valor da TAC e TEC), com juros “X”, e mesmo

pagando por “A+B”, tendo sacado apenas “A”, o que em termos práticos, significa dizer que os juros não foram de “X”, mas de “B x X + B”. Se comprovada a má-fé, a intenção de prejudicar diante da falta de lealdade, cooperação e transparência a devolução das referidas TAC e TEC por determinação do judiciário deve ser concedido em dobro consoante regra do artigo 42, parágrafo Único do CDC.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PREÇO DA INÉRCIA

Cabe, nesta fase final, indagar porque contratos que tais permanecem inalterados e sendo celebrados de igual forma? A resposta repousa, de um lado, na prática da valorização da autonomia privada pelo contratante mais forte, e, de outro, na falta de informação e ou inércia do consumidor.

Em síntese, o consumidor contratante acaba pagando o juro ofertado e também o valor das tarifas TAC e TEC e mais os juros que incidem sobre esse total. Não se tratam de juros simples, mas os mesmos juros aplicados ao valor do empréstimo. No entanto, quando o Judiciário determina a devolução das taxas indevidas, o faz com aplicação de juros simples, gerando uma diferença entre o valor cobrado pelo empréstimo e o valor dos juros simples arbitrados pelo juízo.

Compete ao poder Judiciário rever, em exercício hermenêutico mais alinhado com a tutela dos interesses coletivos e sociais, a postura até então adotada por parte de alguns julgados, reconhecendo a caracterização da má-fé das cláusulas contratuais atinentes às tarifas TAC e TEC, decidindo em favor das devoluções dos respectivos valores em dobro e com a correção dos juros contratuais reais em vez da devolução simples que acaba por gerar o enriquecimento ilícito.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fabio Ulhoa: **Curso de direito civil**, contratos, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2009. 493 páginas.

LORENZETTI, Ricardo Luis: **Instituciones, orden público y función contractual**. in TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.): Doutrinas Essenciais: Obrigações e contratos. Vol. III – Contratos: princípios e limites. RT, São Paulo, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis: **Tratado de Los Contratos**. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith: **Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil 59/19. Jan.-Mar./1992.

NALIN, Paulo: **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. 274 p.

NEGREIROS, Teresa: **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 552 p.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade: **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 207.