

TUTELAS CONTRA O ILÍCITO EM CONTRATOS BANCÁRIOS: A ILEGALIDADE DA CLÁUSULA PENAL QUE ESTABELEÇA MULTA MORATÓRIA ACIMA DE DOIS POR CENTO DO VALOR DA PRESTAÇÃO

Nério Andrade de Brida*

BRIDA, N.A. Tutelas contra o ilícito em contratos bancários: a ilegalidade da cláusula penal que estabeleça multa moratória acima de dois por cento do valor da prestação. *Rev. de Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.* Umuarama. Vol. 9, n. 1, p. 211-239, jan./jun., 2006.

RESUMO: Os contratos bancários são aqueles celebrados por instituições financeiras para prover os serviços que oferecem no mercado econômico-financeiro. Referidos contratos, em sua maioria, se submetem aos princípios de defesa do consumidor, de forma que, deve estar atento aos interesses e limites estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, a cláusula penal em contrato bancário submetido ao Código de Defesa do Consumidor que estabelecer multa moratória por inadimplência acima de dois por cento, limite previsto pelo §1º do artigo 52 desta lei, será expressamente ilícita, praticando, a instituição bancária, uma ilegalidade. A tutela jurisdicional não pode ser afastada dos contratos bancários, de forma que a ilicitude descrita pode ser removida através de ação própria do consumidor contra a instituição financeira, ou removida e inibida através de ação civil pública que pode ser proposta pelo Ministério Público, entes federativos, ou qualquer instituição que promova a defesa do consumidor. A possibilidade de tutela de remoção ou inibição do ilícito independe da ocorrência do dano, não podendo este ser obstáculo para prestação jurisdicional, que poderá utilizar as técnicas mandamental e executiva para satisfazer o direito à adequação contratual.

PALAVRAS-CHAVE: consumidor; contratos bancários; tutela de remoção do ilícito; tutela inibitória.

1. Introdução

As instituições financeiras há muito já têm sido renomada atividade comercial na conjuntura social para todas as comunidades. Os serviços prestados por esses verdadeiros gigantes da máquina econômica são evidenciados como fontes de grandes lucros e fortuna fazendo com que estes impérios do dinheiro

* Mestrando em direito pela Unipar. Especialista em direito empresarial pela UEL. Advogado. neirobrida@hotmail.com

exercam influência em todos os setores da vida social e política. Diante de todo esse poder que os bancos hoje detêm sobre a massa social com seus contratos de prestação de serviços, advém necessidade essencial de controle e proteção em face aos bancos, para que se utilize dessa força contra a própria sociedade, desfavorecendo-a economicamente.

Os serviços prestados pelos bancos são instrumentalizados por contratos bancários, contratos esses inanimados e de adesão por sua grande maioria. O objeto desses contratos, travestidos de aplicações de juros com guarda e empréstimos, são ao fundo, o próprio dinheiro, coisa esta, o produto que as instituições financeiras ofertam e coletam para o desenvolvimento de suas atividades.

São os contratos bancários uma necessidade preeminente de cunho social para a capacitação e possibilidade de crescimento econômico das regiões e de todo país. Mas diante de todo o poderio e força de influência das instituições financeiras, e poder de imposição negocial nas relações financeiras, existe, entre outras, uma forma de controle e limitação em defesa dos contratantes destas instituições bancárias.

Esta defesa se refere aos princípios do direito consumerista, que veio através do Código de Defesa do Consumidor, por regulamentação ao direito fundamental de defesa ao consumidor, submetendo os contratos bancários aos ditames limitadores e protecionistas desta lei que garante aos consumidores em geral, e mais especificamente os clientes bancários, mínimos de respeito e guarnição desses contra imposições contratuais desproporcionais e desvantajosas.

Mesmo diante das mais acirradas teses bancárias para afastar os negócios bancários da proteção consumerista, ou mesmo, no mínimo, afastar os mais perigosos, controvertidos e vantajosos contratos de mútuo e financiamentos dos preceitos de defesa do consumidor, tem-se a doutrina independente e os tribunais se manifestado em função da defesa pelo consumidor contra as instituições bancárias.

Diante da submissão dos contratos bancários ao Código de Defesa do Consumidor, não poderão esses revelar critérios, formas ou matérias contrárias aos preceitos da lei consumerista. Todavia, é comumente utilizada, como não poderia deixar de ser, cláusula penal moratória nos contratos, porém, com expressa ilegalidade. O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 52, §1º, prevê claramente o limite de estipulação de multa moratória em dois por cento do valor pactuado. Todavia, a experiência demonstra realidade diversa. É comum e tido por vezes até normal, a estipulação de multa moratória acima desse limite, geralmente chegando a dez por cento.

Essa prática constituiu-se um ato ilícito, de forma que deve ser rechaçada

pelo ordenamento jurídico, cessado seus efeitos e inibindo a possibilidade de sua reincidência.

O processo hoje nos permite uma proteção efetiva a esse direito consumerista contra o ato ilícito descrito, através da tutela de remoção do ilícito e da tutela inibitória do ilícito, podendo-se utilizar os meios mais precisos para fazer valer com força certa a pretensão do direito, através das técnicas mandamental e executiva, por coerção contra atitude da instituição financeira em insistir na aplicação de multa contratual por inadimplemento ilegal.

Assim, pretende-se com esse trabalho primeiramente, estabelecer de forma sucinta e objetiva o que são ou devem ser entendidos por contratos bancários. Num segundo momento, analisaremos o dever de submissão de vários dos contratos bancários ao Código de Defesa do Consumidor, para em seguinte, delimitar a prática ilícita de atribuir multa contratual por inadimplemento superior ao limite legal de dois por cento. Posteriormente, passaremos a tecer considerações sobre as tutelas dos direitos possíveis contra este ilícito, objetivando a delimitação nas tutelas de remoção do ilícito, tutela inibitória, técnicas processuais que poderão ser utilizadas, e características gerais, como forma probatória de demais condições. Ao fim, faremos observações sobre as possibilidades de ações e seus legitimados para as pretensões das tutelas, chegando às conclusões após todas os estudos formulados.

Utilizaremos o método lógico dedutivo, com revisão bibliográfica e considerações acerca de nossas opiniões sobre cada objeto a ser analisado.

2. Contratos bancários

O exercício das funções básicas compreendidas por entidades do sistema financeiro nacional são consideradas como atividades bancárias, que se destina primordialmente na manipulação, através de arrecadação, distribuição e aplicação de recursos financeiros (RIZZARDO, 2005a, p. 1.397), substancialmente por relações jurídicas tidas através dos depósitos bancários, empréstimos, descontos, antecipação, abertura de crédito, cartas de crédito, operações de câmbio ou contratos afins, conta corrente, financiamento e cédula de crédito bancário, contrato de custódia, sendo estes os contratos típicos da relação jurídica bancária, podendo ainda, ser ampliado seu rol, como de fato o é, guarda de valores, custódia de objetos de valores, caderneta de poupança, enfim, todas as modalidades e pacotes, produtos econômico-financeiros que puderem ser ofertados pelas instituições financeiras que deverão ser devidamente cadastradas e autorizadas pelo Banco Central do Brasil para seu funcionamento interno. (DINIZ, p. 574).

Assim, as instituições financeiras são aquelas pessoas jurídicas públicas ou privadas “que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros” conforme se denota no artigo 17 da lei 4.595/64, devendo estas ser constituídas imperativamente por sociedade anônima, quando privadas, ou ainda, por cooperativas de créditos que igualmente terão natureza jurídica de instituições financeiras.

São instituições financeiras denominadas de bancos de emissão, bancos comerciais de depósito, bancos de investimento, bancos de crédito real, bancos de crédito industrial, bancos agrícolas, caixas econômicas, cooperativas de crédito e casas bancárias, pelas quais, estas últimas, já não existem por terem todas se transformado em algum dos demais tipos de instituições financeiras (RIZZARDO, 2005a, p. 1.399).

Os contratos bancários são negócios jurídicos realizados por essas instituições financeiras, sejam elas de que natureza for, desde que tenham como escopo as atividades descritas no referido artigo 17.

Note-se, porém, que para a caracterização de contrato bancário, um dos contratantes deve ser uma instituição financeira, mesmo que o negócio jurídico firmado não venha a ter como objeto as atividades básicas desta, entretanto, sendo o objeto do contrato referente a uma atividade financeira ofertada pela instituição, será considerado contrato bancário. É claro que para ser considerado um contrato bancário, deverá seu objeto dizer respeito sobre os produtos financeiros que são ofertados pela instituição. Não será contrato bancário, por exemplo, aquele que versar sobre a compra de um edifício, ou ainda, aquele que verse sobre a prestação de serviços de técnica de informática em suas agências. Por fim, não basta que uma das partes seja a instituição financeira. Deve estar presente um produto financeiro ofertado pela instituição.

Quando referidos critérios estiverem presentes, poder-se-á considerar o negócio jurídico como sendo um contrato bancário, no qual, estarão presentes seus requisitos, que devem obedecer aos ditames dos contratos civis em geral, com alguns regramentos específicos geralmente expedidos através de resoluções do Banco Central do Brasil.

Os contratos bancários, principalmente os mais típicos da relação bancária, são geralmente regrados minuciosamente pelos órgãos de proteção e relações bancárias e pelo próprio banco central, muitas vezes, inclusive, vindo a confeccionar minutas que deverão ser utilizadas obrigatoriamente pelas instituições financeiras de maneira uniforme (DINIZ, p. 574). Por causa desta proibição de se fazer utilizar outras cláusulas que não àquelas previamente

estipuladas pelo órgão controlador da atividade bancária, é que vem se ter a conclusão de que o sujeito que contrata com a instituição financeira, por muitas vezes, não tem a possibilidade de discutir seus termos, aceitando todo o conteúdo contratual ou não contratando, o que perfaz do contrato bancário, ao menos em muitos deles, a característica de serem contratos de adesão, onde o outro sujeito adere ou não ao contrato (RIZZARDO, 2005a, p. 1.398).

Nos contratos bancários nem sempre será credor a instituição financeira e devedor aquele que com ela contrata. É cediço lembrar que a instituição financeira, entre elas os bancos, tem como produto de trabalho o dinheiro. Assim, para sua sobrevivência, deve arrecadar, ou seja, fazer uma elevada coleta de dinheiro na comunidade que esteja instalada, para, através de planos de empréstimos, financiamentos entre outras modalidades de concessão de créditos, distribuí-lo novamente à comunidade, que se beneficiará do crédito ou do dinheiro de diversas formas. Sua forma de lucro vem através de taxas cobradas pela consecução de variados serviços que oferece, como por exemplo: o serviço de conta corrente, que não conta somente com um simples controle de entrada e saída pecuniária, mas agrega à ele variados sub-contratos, sendo este o de limite de crédito, cartão de saque, serviço de auto-atendimento, entre outros, que serão administrados pela própria instituição financeira. Tais contratos, também são considerados contratos bancários, apesar de não estarem no rol de atividades básicas das instituições financeiras. Assim, quando num contrato bancário a instituição fornecer valores pecuniários ao contratante, mediante empréstimos ou outras formas de crédito, esta terá uma posição ativa no contrato, vindo a ser o credor da outra parte. Enquanto que, a ponto do contratante com a instituição financeira lhe entregar soma em dinheiro para depósito ou demais investimentos, estará esta em posição passiva no contrato, caracterizada como devedora (RIZZARDO, 2005a, p. 1.397).

Por fim, contratos bancários classificam-se, também, como contratos inominados, por não estarem compreendidos pelos títulos discorridos na relação de contratos trazido pelo Código Civil, com exceção do depósito bancário, que está previsto entre os contratos nominados pelo Código Civil, em seu artigo 627.

E é ainda importante frisar, para não restar dúvidas, que todas as operações bancárias podem ser consideradas como contratos, por haver acordo entre as partes, gerando, por assim dizer, direitos e obrigações (DINIZ, p.573).

3. Sujeição dos contratos bancários ao CDC

Cumpre-nos destacar por sua extrema relevância sobre as discussões

acirradas acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, as relações financeiras através dos contratos bancários.

Atinente à questão, não foi suficiente o deslinde das exegeses formuladas sobre o § 2º do artigo 3º do Código de Defesa do consumidor, onde expressamente menciona que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, complementando o seu *caput* que conceitua fornecedor como “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”. Logo, em suma, o fornecedor de serviços, inclusive serviços de natureza bancárias, financeira ou mesmo securitárias, serviços comuns aos bancos e de natureza contratual, também entram no rol por determinação legal.

Porém, tem sido comum a discussão sobre a constitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” trazida pelo §2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, tanto materialmente quanto em sua forma.

Quanto à sua forma, discute-se a constitucionalidade da norma por ser ela de origem de lei ordinária, devendo-se a mesma compor-se por, no mínimo, lei complementar, dado vir a ser obstinações decorrentes de previsões vagas da Constituição Federal. Tal argumentação não reflete, pois a verdade, dado que o artigo 126, inciso VIII da Carta Magna reflete a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a responsabilidade por dano ao consumidor, sem fazer referência à obrigatoriedade de lei complementar para referidos assuntos.

Mesmo assim, sendo a proteção ao consumidor direito fundamental de segunda geração (BONAVIDES, 2004, p. 564), primeiro vale ressaltar que a proteção aos direitos fundamentais devem ter aplicabilidade imediata, sendo que, ainda, no artigo 48 dos Atos das Disposições Transitórias da Constituição Federal, foi imbuído ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, sem mencionar a necessidade de lei complementar para tanto, razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor, como lei ordinária que é, não é formalmente inconstitucional (MARQUES, 2006, p. 515).

Todavia, menciona-se ainda, ser a expressão materialmente inconstitucional, por versar em questão que não lhe cabe por ser específica e disciplinada independentemente pela Constituição Federal em capítulo próprio, não podendo versar, lei genérica, sobre assuntos de natureza do sistema financeiro.

Neste diapasão, também não procede a afirmação, visto que, ainda por ser direito fundamental tem aplicação *sui generis*, ou mais, a própria Constituição Federal ao disciplinar sobre o sistema financeiro e econômico, dá prioridade à assistência do direito ao consumidor, em seu artigo 170, inciso V, pondo fim à questão.

Assim, é notória a intenção originária do Constituinte em estabelecer proteção aos consumidores nas relações bancárias, aplicando-se as regras de defesa àquele aos contratos de ordem financeira bancária.

Sobre a matéria, recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, onde figurou como patrono deste Ives Gandra da Silva Martins, quando se pronunciou o tribunal pela improcedência total do pleito de inconstitucionalidade, sendo vencidos os votos dos ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, que julgavam pela procedência parcial dos pedidos para o fito de afastar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no que se refere às taxas de juros e em atividades denominadas operações bancárias.

Porém, a relação de consumo não se caracteriza somente pela presença de um fornecedor, por mais obscuro que transpareça, mas, também, pela presença essencial do consumidor, que, nos termos do artigo 2º do Código de defesa do Consumidor, é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final”. Assim, a relação de consumo somente se caracteriza pela presença de fornecedor e consumidor.

Esta conceituação passou a ser prato cheio para a interpretação de que vários dos contratos bancários, mesmo na espécie de meras operações bancárias, não se podem aplicar o Código de Defesa do Consumidor, por não ser destinatário final dos serviços prestados pelas instituições financeiras (FILOMENO, 2004, p. 50).

Assim, decorre que são destinatários finais aqueles que contratam com o banco para investimentos próprios, contas correntes, guarda bens de valores, entre outros, onde o sujeito que contrata com a instituição financeira não visa à implementação do benefício auferido pelo contrato bancário para outras finalidades senão a própria valorização pessoal.

Pretendeu-se excluir então contratos como o de mútuo a pessoas que visem a implementação de seus negócios profissionais, pois não seriam estes, destinatários finais dos produtos ofertados pelos bancos, não sendo considerados consumidores, portanto, não existindo aí uma relação consumerista. Apesar de serem destinatários finais fáticos, aqueles que fazem empréstimos ou financiamentos para o investimento em algum plano de economia pessoal, como exemplo: uma empresa que toma empréstimo para ampliar suas instalações,

estes não seriam os destinatários finais econômicos, não podendo assim, serem considerados consumidores (MARQUES, 2006, p. 527).

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem-se mostrado sensível às variedades de personalidades que podem contratar com as instituições financeiras, vindo a ampliar o conceito de consumidor, ao sujeito presumidamente vulnerável, auferindo exegese inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, 2006, p. 528)

Há de se considerar que a vulnerabilidade do contratante dos serviços bancários deve ser observada para fins de identificação como consumidor ou não. Todavia, meditando sobre o assunto, conclui-se que somente não será vulnerável às possíveis abusividades praticadas pelas instituições financeiras, quando estas estiverem contratando com outras instituições financeiras, o que não é incomum.

Todavia, ainda assim, depreende-se da teoria finalista, que todos os contratantes com as instituições financeiras, sejam lá quais forem os serviços prestados, sejam contratos de mútuo, financiamento educacional ou profissional, financiamento industrial ou agroindustrial, todos, pensamos, devem ser considerados destinatários finais do produto ofertado. Ora, mesmo que seja verdade que tais valores pecuniários serão destinados ao pagamento de outras despesas decorrentes das peculiaridades de cada contratante, é notório que o próprio contratante ainda terá a vantagem econômica e ainda persistirá como se ele fosse o titular de toda a economia que circula em torno do seu empreendimento, e não os demais fornecedores. Veja-se que a instituição financeira firmou negócio com uma pessoa, e esta pessoa fez circular a economia, comprando produtos para estocagem, ou reformando o seu estabelecimento, ou contratando maiores esforços humanos, por fim, o banco somente teve o papel de conferir ao empreendedor o crédito pleiteado, cabendo a este a implementação. Logo, o contratante é o destinatário final no contrato bancário, até porque, ele que deverá cumprir diretamente com o adimplemento do mesmo.

Por fim, vale lembrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em súmula 297 preceitua que “O código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras”, e, pondo fim à discussões em âmbito judiciário, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, citada anteriormente. Porém, ainda assim mantém-se a discussão em âmbito doutrinário, já que a ciência, por seus próprios fundamentos e critérios epistemológicos, não se resume a meras análises dos julgados nos tribunais ou mesmo, ainda, de textos legais sem expressão.

4. O §1º do art. 52 do CDC: ato ilícito

O Código de Defesa do Consumidor, por norma de ordem pública que é, com características prescritivas e imperativas, pela própria natureza de proteção aos interesses dos consumidores, considerados presumidamente não meramente como hipossuficientes, mas como vulneráveis nas relações de consumo estabelecidas, devem ser, suas regras preestabelecidas, observadas a todo e qualquer momento que se disponha uma possibilidade de nascimento de uma relação negocial consumerista. Regras estas de caráter cogentes, logo, “o direito que a vontade dos interessados não pode mudar” (MIRANDA, 1999, p. 105)

Assim, as regras prescritas pelo Código de Defesa do Consumidor devem sempre ser cumpridas e observadas sob pena da possibilidade de inibição, remoção do ato atentatório à sua disciplina, ou mesmo, o ressarcimento, na forma específica ou pelo equivalente pecuniário, quando refletir em dano à conduta desabonadora.

Assim, uma dessas prescrições de defesa ao consumidor foi trazida pelo §1º do artigo 52 da lei consumerista, onde preceitua que “as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação”. Referido dispositivo foi introduzido pela lei 9.298/1996, que procedeu a diversas modificações ao Código de Defesa do Consumidor, em vários aspectos.

O artigo 52 está introduzido no Título I (dos direitos do consumidor), Capítulo VI (da proteção contratual), seção II (das cláusulas abusivas), perfazendo verdadeira prescrição objetiva contra contratos que se vinculam a uma relação de consumo, impedindo a estes de versarem multa por inadimplemento contratual superior a dois por cento do valor do contrato.

Referida multa contratual é verdadeira cláusula penal moratória. Ora, temos que cláusula penal é o dispositivo contratual que prevê penalidades ao sujeito que inadimplir sua obrigação. Nos termos do Código Civil, existem duas modalidades de cláusulas penais, a compensatória e a moratória. Destas, a compensatória é aquela pela qual “é estipulada para o caso de haver descumprimento da própria obrigação” (GAGLIANO, 2004, p. 343), havendo o descumprimento total ou parcial da obrigação, poderá a parte lesada, optar pela equivalente da cláusula penal ou pelo cumprimento da obrigação.

A cláusula penal tem por finalidade precípua a coerção pelo cumprimento da obrigação avençada entre as partes. Serve justamente como medida preponderante de forçar o cumprimento (RIZZARDO, 2004, p. 539).

Assim, a regra estabelecida pelo §1º do artigo 52 do Código de defesa

do Consumidor, trata-se de cláusula penal moratória, em que, o inadimplemento resultará na obrigação, por parte do inadimplente, a saldar a multa que não poderá ser superior a dois por cento do valor da obrigação. Isso tem validade, claro, em face do consumidor, pois, se for o caso de querer o fornecedor se obrigar a pagar multa superior em caso de inadimplemento, em nada impede de assim estabelecer, visto que, as regras atinentes à defesa do consumidor visam a proteção deste, e não daquele.

Entende ainda, Nelson Nery Júnior (2004 p. 615), que o dispositivo trata-se, como dito acima, de cláusula penal moratória, de forma que, não podendo ser cumulativa, poderão as partes convencionar cláusula penal compensatória.

Pensamos que esta não é a melhor compreensão do direito. É notório que a permissão da possibilidade de se ver convencionado em quaisquer contratos oriundos de negócios jurídicos cuja natureza tenha relação consumerista, cláusula penal compensatória, desvirtuará a finalidade da lei que protege o consumidor de abusividades contratuais praticadas pelos fornecedores.

Ora, se ao sujeito for proibido convencionar cláusula penal moratória acima de dois por cento da obrigação, porém, lhe é lícito convencionar livremente cláusula penal compensatória, onde por sinal, poderá ainda escolher pelo equivalente previsto no dispositivo contratual ou pelo adimplemento da obrigação, esvaiu-se toda a intenção da norma cogente, já que a indenização da cláusula penal compensatória poderá atingir patamar de cem por cento do valor do contrato.

É claro que, com a inadimplência do consumidor, restará ainda ao fornecedor, além da cumulação da multa prevista a obrigação principal, o ressarcimento por eventuais perdas e danos que possam lhe advir.

Portanto, em humilde opinião contrária a de Nelson Nery Júnior, salvo melhor juízo futuro, entendemos que em contratos firmados em relação consumerista, entre eles, os contratos bancários, somente é possível a estipulação de cláusula penal moratória, qual seja, a multa com limite máximo de dois por cento pela inadimplência da obrigação.

E é claro, tal inadimplência, quando forem realizadas prestações periódicas, somente poderão ser aplicadas a cada prestação, e não na totalidade do contrato.

Enfim, a violação do dispositivo largamente citado acima, ou seja, a celebração de contratos derivados da relação consumerista, entre estes, os contratos bancários, constituem infração legal, ato eivado de ilicitude, que poderá ser corrigido a qualquer tempo mediante as devidas providências.

Importantíssimo ainda frisar que a conduta ilícita do agente independe do dano que tenha causado ou mesmo, que possa causar. Os “atos ilícitos são

os atos contrários a direito, quase sempre culposos, porém não necessariamente culposos, dos quais resulta, pela incidência da lei e *ex lege*, conseqüência desvantajosa para o autor” (MIRANDA, 1999, p. 139).

O dano não é elemento integrante essencial do ato ilícito. O dano é elemento essencial para a responsabilidade civil de ressarcimento (RIZZARDO, 2005b, p. 572), mas não para a existência do ato ilícito. Para a existência do ato ilícito basta a violação ao direito, sendo o dano, uma mera conseqüência eventual do ato ilícito, podendo ou não ser sua origem (MARINONI, 2004, p. 68).

Essa concepção inverídica de que o ilícito civil está intimamente ligado ao dano provém de conceitos dogmáticos já realizados no direito romano antigo, sobrevivendo no direito civil e mesmo no processo civil, inclusive com defensores de que o dano, faz parte do conceito de ato ilícito civil (MARINONI, 2004, p. 65).

Eminentes juristas como Orlando Gomes, em sua obra deixa claro seu posicionamento ao mencionar que “sem dano, não há ilícito”. E mais a frente ainda, na mesma obra, afirma que “a conseqüência jurídica do ato ilícito é a obrigação de indenizar” (GOMES, 1977, p. 543), logo, estabelecendo o dano como elemento essencial para a existência do ato ilícito, e ainda, o ressarcimento pelo equivalente pecuniário como única forma de restabelecer o equilíbrio jurídico.

Essa concepção, diante do plano atual de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais passa a ser inconcebível. O direito não deve existir meramente como um originário de indenizações pela sua violação. O mero ressarcimento pela conduta antijurídica, torna o regramento jurídico um comércio de condutas, onde o sujeito disposto, poderá praticar quantos ilícitos puder pagar pelo equivalente.

Diante disto, não importará se a conduta das instituições financeiras, ao estipularem em seus contratos com os consumidores, cláusula por inadimplemento com multa superior a dois por cento, se lhe estarão causando um dano imediatamente. Basta estar presente o ato atentatório ao direito, qual seja, o disposto pelo §1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, que veda, expressamente, a estipulação de multa superior.

O dano pode não estar presente ao ato dos agentes bancários contra os consumidores, mas o ato ilícito está. E quando existe um ato ilícito, o dano é proeminente, visto que, poderá haver sua consecução a qualquer momento. Todavia, basta a confirmação do ilícito para a possibilidade do manejo de ações que visem a tutela de remoção deste ilícito.

No caso de contratos bancários que estipulem multas por inadimplemento fora do limite legal, possível será a determinação, sob pena de multa, ou mesmo

por execução *lato sensu*, da feitura de aditivo em todos os contratos existentes, para remoção da prática violadora.

5. Tutelas contra o ilícito e técnicas para sua satisfação

Por todo o exposto nos itens anteriores, temos a existência de contratos que se submetem aos crivos da lei 8.078/90, denominados como contratos bancários, em que seus titulares, os bancos, usualmente utilizam cláusulas expressamente abusivas para obter vantagens sobre o consumidor que muitas vezes sequer tem ciência do funcionamento e da dinâmica de um negócio tão complexo como a atividade das finanças bancárias.

O ato ilícito que pode ser praticado pela instituição bancária configurando ato que pode ser lesivo ao consumidor, estabelecendo multa por inadimplência contratual acima do limite imposto pelo §1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, pode e deve ser rechaçado por meio da tutela jurisdicional compatível a que o próprio consumidor tem direito fundamental de auferir, com uma resposta justa, rápida e efetiva.

Entretanto, nem sempre o próprio consumidor está apto a promover a defesa de seus direitos contra a instituição financeira, para que o ilícito aqui analisado, ou seja, a cláusula penal acima de dois por cento do valor contratual, seja removida e adequada ao limite legal. Por esta causa, é que o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de defesa coletiva dos direitos consumeristas, mesmo que tais direitos sejam individuais e divisíveis, como é o caso.

Isto porque, em seu artigo 81, o Código de Defesa do Consumidor exprime a possibilidade de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, sendo estes entendidos como direitos originados de fatos em comum, porém individualizados e perfeitamente divisíveis entre seus titulares (SHIMURA, 2006, p. 30), podendo ser inclusive tutelados através de Ação Civil Pública com titularidade do Ministério Público, desde que correspondam a direitos indisponíveis ou de extraordinária repercussão social (ALVIM, 2005, p. 31).

Não se questiona a “extraordinária repercussão social” de um ilícito como o praticado pelos bancos nos contratos por estes celebrados com seus clientes. Os bancos hoje somam uma grande parcela da titularidade em processos judiciais que visam discutir as cláusulas contratuais geralmente abusivas com aplicações de multas incoerentes e juros extorsivos que geram o empobrecimento desvairado do consumidor dos serviços bancários. Todos os dias os diários oficiais judiciários trazem vários julgados dos tribunais de recursos sobre questões bancárias, o que, por sinal, somente como digressão não científica, dificilmente

se encontram acórdãos que dêem razões às teses bancárias. E ainda, a vida social demonstra que são poucos aqueles que não têm uma relação direta ou indireta com alguma instituição financeira. Demonstra-se o cotidiano que os bancos não são somente um conjunto de instituições que prestam serviços que podem ser ou não consumidos, mas se transformaram numa verdadeira necessidade social financeira para o desenvolvimento econômico e de produções, e até, para repasses financeiros de programas de incentivo governamental. Aí se encontra o interesse público que dá sustentação para o agir do Ministério Público ou de órgãos em defesa dos direitos individuais homogêneos que se refiram aos contratos bancários, logo, a “extraordinária repercussão social” está presente na repercussão social que os contratos bancários geram com suas celebrações.

5.1 As tutelas dos direitos: características

Os direitos fundamentais, como os direitos do consumidor, são tutelados de várias formas, seja pela própria legislação de direito material que confere aos direitos do consumidor proteções diversas contra abusividades, seja de forma administrativa como é o sentido da atividade do Procon. Assim, a tutela jurisdicional é uma das formas genéricas de tutela dos direitos, pelos quais, requerem técnicas para sua consecução (MARINONI, 2004, p. 145).

Das várias modalidades de tutelas jurisdicionais, dentre as quais podemos destacar conforme a teoria das tutelas de Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (2004), as tutelas inibitória, de remoção e ressarcitória, como tutelas que visam a satisfação e proteção dos direitos contra ilícitos, sendo que as primeiras, independem da ocorrência do dano para serem prestadas pelo poder jurisdicional.

Existem cinco modalidades de técnicas processuais para a efetivação das tutelas que visam a proteção dos direitos, sendo elas destacadas pela classificação quinária de sentenças (MARINONI, 2006, p. 415), sendo estas declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva, no qual, se denomina entre a doutrina majoritária como executiva *lato sensu*, visto não ter cunho executório diretamente contra o patrimônio do réu.

O conceito de ação para Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 62), é o “direito à invocação do poder do Estado para que este realize a ação de direito material que ele mesmo proibiu, utilizando-se os instrumentos processuais que devem estar adequadamente preordenados para atender ao direito material”. Com isto, o autor diferencia as tutelas pelos quais correspondem à efetiva proteção aos direitos materiais envolvidos, com as técnicas que possam ser utilizadas para a finalidade de proteção desses direitos. Coloca-nos o autor, então, diante de

duas perspectivas de classificação diferenciadas. As possibilidades de tutelas dos direitos, que são justamente a inibição do ilícito, a sua remoção, ou então, o ressarcimento pelos prejuízos causados pela consecução do ilícito, e outra classificação de técnicas processuais, sendo essas a condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental e executiva.

Tais técnicas, como dito, também são perspectivas para classificação das modalidades de sentença, que para Marinoni, é quinária. Mas é notória a diferença de sua orientação para o de Pontes de Miranda quanto à classificação quinária, visto que, este último entendia como as modalidades de ações possíveis, enquanto aquele, restringe às modalidades de sentença.

Portanto, para a efetivação de qualquer modalidade de tutela jurisdicional dos direitos, podem ser utilizadas a domínio e escolha do juiz a técnica que melhor se adequar. Nesta hipótese, há de se mencionar que caberá ao julgador a análise da técnica utilizada sob o crivo do princípio da proporcionalidade, ou seja, deverá aplicar a técnica que seja adequada ao caso, com maior idoneidade, a medida menos gravosa possível entre as demais, e por fim, de proporcionalidade com os atos e o fim almejado para a tutela do direito.

Numa primeira observação da possibilidade do ilícito praticado pelos bancos que se pretende erradicar, a tutela pretendida para a adequação aos contratos que venham a prever multa acima do permitido pela lei consumerista, ou seja, o ilícito, seria a tutela de remoção do ilícito já praticado.

A tutela de remoção do ilícito visa a “remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu” (MARINONI, 2004, p. 268). Como já especificado em item anterior, não importa a presença do dano para a possibilidade de manejo de ação que pretenda remover os efeitos de um ato ilícito já promovido pela instituição bancária. O ato de prever em contratos bancários, que são submetidos aos preceitos protecionistas do direito do consumidor, multa por inadimplência contratual com limite acima do permitido legal, qual seja, de dois por cento conforme artigo 52, §1º da lei 8.078/90, já caracteriza uma ação ilegal por parte do banco, que promoveu a celebração do contrato bancário com referida cláusula.

A dificuldade, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 271) em se entender a possibilidade de tutela da remoção do ilícito ou mesmo a tutela inibitória, é justamente a independência da ocorrência do dano, bastando assim, a presença do ato ilícito no caso da tutela de remoção, ou a probabilidade da ação ilícita, no caso para tutela de inibição.

Para que o dano seja reparado, a tutela não seria de remoção ou de inibição do ilícito, mas tutela ressarcitória, pela qual, requer a presença de um prejuízo para a satisfação do direito pleiteado.

Então, temos que a celebração de contratos bancários com a inserção de

cláusula penal prevendo multa acima do permitido legal, não tenha constituído, ainda, um dano ao consumidor, visto que, este somente será consumado no momento e se ocorrer efetivamente a inadimplência do contratante com o banco. Todavia, a ilicitude praticada pelo banco está presente, e não se pode afastar a possibilidade de revisão dos contratos mesmo antes de vir a causar um dano, até porque, o direito não pode ser considerado como simples objetivação à reparação pelo equivalente pecuniário, mas sim, ter em plenitude a proteção jurisdicional para que o próprio direito seja garantido.

Portanto, com a existência de contratos com o ilícito mencionado, está presente a possibilidade jurídica de se pleitear a remoção desse ilícito através de uma ação coletiva promovida pelo Ministério Público ou mesmo por órgãos que estejam diretamente ligados à proteção dos direitos dos consumidores. Ou ainda, promovida pelo próprio consumidor contratante, em ação própria e solitária.

Assim, a tutela de remoção do ilícito visa à exclusão da causa que pode vir a gerar um dano qualquer (MARINONI, 2004, p. 272). Luiz Guilherme Marinoni ainda, neste mesmo trecho mencionado, aduz que para “remover o ilícito ou a causa do dano basta restabelecer a situação que era anterior ao ilícito”, fazendo menção justamente à tutela de remoção do ilícito. Todavia, não nos parece correto tal entendimento. Veja que a tutela de remoção do ilícito visa à exclusão dos efeitos do ato ilícito, ou como preferir, da causa que pode vir a gerar o dano, mas não exatamente com o intuito de restabelecer a situação anterior ao ilícito. A tutela genericamente considerada para restabelecer a situação anterior ao ilícito praticado seria reintegratória, e não de simples remoção.

Note-se que na tutela de remoção do ilícito, por muitas vezes, não se restará à condição existente anteriormente ao ato ilícito praticado. Isto ocorre quando a prática ilícita é originária de situação imutável, ou ainda, quando o ato ilícito está diretamente ligado a um complexo que por si só não constitui ilicitude. Este fenômeno pode ser observado na própria questão que se apreende neste trabalho. A tutela pretendida para revisão da cláusula penal ilegal no contrato bancário não visa qualquer restabelecimento do *statu quo ante*, mas sim, de remoção dos efeitos que a cláusula ilícita está gerando. Isto porque, no caso em apreço, o restabelecimento da situação anterior viria a desconfigurar a totalidade do contrato, ou seja, a tutela jurisdicional revogaria todo o negócio jurídico bancário celebrado, pois, o contrato antes da prática do ato ilícito ainda não existia, portanto, não se pretende o restabelecimento da situação anterior ao contrato, mas somente a remoção dos efeitos do ilícito, mantendo perfeita a relação contratual celebrada.

Já numa pretensão de tutela reintegratória, que deve se entender possível nos termos da teoria das tutelas trazidas por Marinoni, apesar de não a mencionar

em sua obra, esta sim, visa o estabelecimento do *statu quo ante*, ou seja, o restabelecimento da situação anterior ao ato ilícito praticado. Esta diferença, para nós, é de grande relevância entre as tutelas que podem ser classificadas para proteção dos direitos.

Nesse sentido, podemos ter como exemplo a clássica ação de reintegração de posse disposto no Código de Processo Civil, como procedimento especial que visa à “remoção” do ilícito com a retirada do agente esbulhador do bem litigioso, restituindo a posse do mesmo a quem de direito o detém, logo, restabelecendo a condição da situação anterior à prática ilícita. No entanto, a tutela reintegratória, numa nova perspectiva de processo civil e proteção aos direitos, não pode ficar adstrita às ações meramente possessórias, mas integrar ao rol de tutelas possíveis dos direitos, ao lado das tutelas de remoção do ilícito, inibitória e ressarcitória, como na concepção de Luiz Guilherme Marinoni. Todavia, digressões a parte, retornemos às tutelas cabíveis contra a ilegalidade dos contratos bancários.

Num segundo momento, percebe-se porém, que não bastará a remoção do ilícito praticado nos contratos bancários. Será necessária também uma forma de compelir o agente do ilícito a não mais praticá-lo, logo, uma forma de fazer com que o banco não mais celebre contratos bancários com cláusulas penais prevendo multa acima de dois por cento do valor contratual.

A tutela inibitória é caracterizada por ser voltada ao futuro (MARINONI, 2003, p. 38), ou seja, visa a objeção da prática do ilícito. Logo, somente é possível pensar em tutela inibitória quando o ato ilícito ainda não foi praticado. Vale lembrar que não se está falando em dano. Para a possibilidade de ações que visem a tutela inibitória ou de remoção do ilícito, ou ainda mesmo, a reintegratória, não se pressupõe a figura do dano e seu ressarcimento. Nessas modalidades de tutelas, o que importa é somente a proteção ao próprio direito estabelecido, de forma que, tem por escopo guardar referido direito contra atos a ele atentatórios, seja de forma a remover os efeitos do ilícito, seja para interferir na possibilidade de sua prática.

Com a tutela inibitória se pretende evitar que o ato ilícito ocorra, inibindo o possível agente de praticar a ilicitude. No direito civil italiano, a ação inibitória contra abusividades em contratos de relação de consumo já tem previsão legal em seu Código Civil, artigo 1.469, que prevê a possibilidade de associações de defesa do consumidor utilizar a tutela inibitória para impedir o uso de cláusulas abusivas, logo, ilegais, em contratos de consumo (MARINONI, 2003, p. 283). No sistema jurídico português, igualmente, a ação inibitória é expressamente prevista pelo Código de Defesa do Consumidor português, lei 24/96, em seu artigo 10, onde assegura o direito de ação inibitória para prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor (MAZZEI,

2005, p. 277).

Todavia, no caso do artigo 10 da lei portuguesa, não estaria utilizando a melhor técnica da ciência processual, dado que, prevenir ou fazer cessar práticas contrárias ao direito são escopos próprios da tutela inibitória, porém, “corrigir”, afastaria a finalidade da tutela inibitória, passando a ser tutela de remoção do ilícito, ou mesmo, a tutela reintegratória, dado que o verbo corrigir tem o significado de “arrumar”, “consertar”, que daria a conotação de reintegrar à situação anterior, porém, também tem o significado de “aditar”, “reparar”, “endireitar”, “suprimir” ou “emendar”, o que leva-nos a possibilidade de pensar na tutela de remoção do ilícito.

Assim, a tutela inibitória tem uma função preventiva do ilícito, visando a obtenção de uma forma com que o agente que possivelmente praticaria o ato contrário ao direito, não o pratique, ou mesmo, que pratique ato pelo qual, sendo omitido, constituiria um ilícito.

Veja-se então, que a tutela inibitória tem a intenção de fazer com que uma possível contrariedade ao direito não seja perpetrada, podendo esta contrariedade originar-se de ato omissivo ou comissivo, assim como, fazer cessar a prática do ato ou a omissão do ato que esteja causando o ilícito, não o dano. Enquanto que, a tutela de remoção do ilícito tem vistas à exclusão do ilícito que já foi praticado com a cessação dos efeitos (MARINONI, 2004, p. 270).

É importante destacar com esse raciocínio até o momento disposto, que não se pode pretender uma tutela inibitória para fazer cessar os efeitos dos atos ilícitos já praticados. Quando o que está ocorrendo são somente os efeitos do ilícito, a tutela pretendida será de remoção do ilícito, que por consequência, fará cessar seus efeitos. Enquanto que, se a prática ou omissão que ocasione o ilícito ser continuada, aí sim, estar-se-á diante de uma imposição da tutela inibitória.

Diante disso, para a proteção dos direitos dos consumidores de serviços bancários contra o ilícito praticado com a celebração de cláusula penal bancária com multa superior ao limite legal estabelecido pelo §1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, poderão ser manejadas ações com intuito de tutela de remoção do ilícito e da inibitória.

A tutela de remoção do ilícito para o caso em concreto, será volvida a retirar ou alterar a cláusula que estabelece multa por inadimplência do contrato bancário que esteja acima do limite estabelecido por lei, enquanto que, a tutela inibitória, terá a finalidade de subjazer o banco a não mais estabelecer em seus contratos bancários a previsão ilegal da multa. Lembra-se assim, que nesta hipótese, apesar de termos identificado uma outra modalidade de tutela, qual seja, a reintegratória, esta não condiz com a finalidade pretendida na questão analisada, visto que, não se pretende a busca pela situação anterior ao contrato,

mas tão somente, a remoção da ilicitude, mantendo-se a relação contratual entre as partes.

Como já deve ter sido percebido, tais tutelas têm como generalidade, serem tutelas específicas, que podem ser perpetradas tanto diante dos artigos 461 ou 461-A do Código de Processo Civil, quanto no caso melhor se aplicando ao processo coletivo, o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, que preve a tutela na forma específica, ou seja, o próprio bem da vida a ser contemplado, o próprio direito a ser protegido, e não a simples conversão pelo equivalente, no qual, aí sim, se exigiria a ocorrência do dano, mesmo que fosse na forma de prejuízo moral.

5.2 Da prova

A prova será diferenciada em cada uma das modalidades de tutela. Apesar de que é possível ambas as tutelas serem pleiteadas numa só ação, até diante da possibilidade de pedidos cumulados trazidos no Código de Processo Civil em seu artigo 292. E mesmo assim, a pretensão mesmo de inibição ou de remoção no caso em apreço é de evidente ligação, tornando ineficaz várias ações para a prevenção ou a remoção da prática do mesmo ilícito, assim, possíveis são a cumulação de ação inibitória com remoção do ilícito (MARINONI, 2004, p. 302). Todavia, a forma probatória de cada uma delas será diferenciada.

Como dito acima, a tutela de remoção do ilícito tem como escopo excluir o ilícito ou seus efeitos gerados. Assim, não se torna difícil compreender que para a possibilidade de sucesso na tutela de remoção do ilícito, é necessário que seja provada a ocorrência, no passado, do ato ou da omissão que ocasionou o ilícito (MARINONI, 2004, p. 280).

Para essa finalidade, a prova da ocorrência de cláusulas penais com multa superior ao permitido legal em contratos bancários, não existe maiores dificuldades. Basta que sejam analisados os próprios contratos bancários. É claro que são muitos os contratos bancários existentes numa só agência. Porém, pensamos que numa possível ação coletiva, sendo esta movida pelo Ministério Público ou por algum órgão de defesa do consumidor, poderá ser levado em consideração o método indutivo para conhecer as provas existentes no processo. Ou seja, o juiz poderá se contentar com a demonstração, como se fosse amostragem, de que vários dos contratos bancários de todas as suas modalidades contém a ilegalidade da cláusula penal abusiva. Assim, presumir que todos os contratos são evitados pela mesma ilegalidade é um imperativo. Ora, a percepção do juiz sobre a prova não pode ser afastada do processo civil. Deve o julgador fazer ilações a partir das demonstrações trazidas pelas partes ou ainda,

buscadas por si mesmo diante do seu poder de produzir provas. Assim, deve com a percepção criar na lógica presunções sobre a verossimilhança dos fatos alegados (CARNELUTTI, 2005, p. 89).

Por isso, para a formalização da prova da existência da ilicitude na cláusula penal de todos os contratos bancários de uma determinada agência, pensamos que basta a demonstração de um número razoável de contratos que fará induzir a presunção da existência da ilicitude em todos os demais.

Entretanto, para a finalidade de tutela inibitória, a prova será diferenciada da prova na remoção do ilícito. Pense-se que a tutela inibitória visa impedir a ocorrência do ilícito. Isto significa que o ato ou a omissão que origina a contrariedade ao direito ainda não tenha ocorrido. Ou mesmo que tenha ocorrido, possa vir a ocorrer novamente. Assim, Marinoni nos explica que para a tutela inibitória é necessária a demonstração de probabilidade do ato ou da omissão e a prova de que este ato ou omissão constituirá um ilícito (MARINONI, 2003, p. 56).

Assim, temos que poderá ser realizada uma prova de fato indiciária para que o juiz, através de um raciocínio presuntivo, chegue a conclusão da probabilidade da ocorrência do ilícito (MARINONI, 2003, p. 58).

Na questão das cláusulas penais em contratos bancários que constituem cláusulas ilícitas, esta prova, pensamos, não será de maior dificuldade para ser produzida também. Isto porque, se o autor da demanda conseguir demonstrar a prova dos ilícitos já praticados para a obtenção da tutela de remoção do ilícito, esta já será prova indiciária o bastante para demonstrar a probabilidade de novas práticas ilícitas, ou seja, a celebração de novos contratos bancários que tenham em seu conteúdo cláusula penal moratória com prevenção de multa superior ao limite consumerista.

Dessa forma, terá de estar ciente o autor da ação coletiva para a defesa dos direitos dos consumidores bancários que para a obtenção do sucesso contra a ilegalidade e abusividade praticadas pelas instituições financeiras em seus contratos bancários, deverá observar as formas de produção de provas de acordo com cada tutela de direito que é pretendida, mesmo que as tutelas sejam requeridas num mesmo processo.

5.3 A tutela antecipatória e julgamento antecipado

A legislação processual brasileira hoje, já numa perspectiva de efetividade na satisfação jurisdicional dos direitos, possibilita a obtenção da “técnica antecipatória” (MARINONI, 2004, p. 281), como forma de estabelecer os efeitos da tutela pretendida para o resguardo do direito pleiteado e sua proteção

certa.

Os artigos 273 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, conferem força ao juízo de conceder em sede de liminar que os efeitos da tutela pretendida sejam antecipados, para poder assegurar o direito. Em processo coletivo, mais especificamente na ação civil pública, o artigo 12 da lei 7.347/85 preceitua a possibilidade do juiz conceder, com ou sem justificação prévia, mandado liminar de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada.

Tendo em vista que a ação que pleiteia tutela de remoção do ilícito ou sua inibição contra ato expressamente contrário à lei, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, por consequente, será possível a verificação da antecipação de tutela na questão dos contratos bancários.

Todavia, deve-se atentar aos requisitos que possibilitam a concessão judicial da tutela antecipatória, já que no caso da tutela de remoção do ilícito e na tutela inibitória, esses requisitos podem não ser verificáveis.

O artigo 273 foi conclusivo ao nos trazer como requisitos para concessão liminar o juízo provisório de probabilidade do direito, assim como, fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação. Pois bem, ocorre que este último requisito, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação não tem razão de ser verificado para concessão de antecipação da tutela quando a ação se limitar à tutela de remoção e/ou inibição do ilícito.

É cediço, como já verificado acima, que as tutelas de remoção ou inibitória visam à proteção do direito contra ato que o atente, ou seja, sugere a tutela contra o ilícito em si, e não contra o dano que este possa vir a causar. Assim, é questionável a imperiosidade de demonstrar que o ilícito pode vir a causar um dano, quando a própria tutela final pleiteada não tem intenção sequer de se prevenir contra o dano, mas contra o próprio ilícito.

Note-se que o dano é mera consequência do ato ilícito, ou no caso do artigo 186 do Código Civil, a própria causa do ilícito, mas não corresponde propriamente ao ilícito. O ato contrário ao direito por si só merece contra resposta do sistema jurídico, a remover seus efeitos, independentemente do dano, ou ainda, inibir sua prática.

O possível dano poderá ser uma das causas que podem ensejar à tutela antecipatória, mas não a principal. No caso do pleito de remoção do ilícito ou sua inibição, o requisito para concessão de tutela antecipada transmuta-se de dano irreparável ou de difícil reparação, para demonstração de probabilidade de existência (no passado) do ato contrário ao direito, de forma a tutela antecipatória vir a fazer cessar os efeitos do ato ilícito, no caso de remoção do ilícito (MARINONI, 2004, p. 283), e finalmente, a probabilidade de vir a ocorrer (no futuro) o ato contrário ao direito, ou continuar perpetrado no tempo, no caso

de tutela inibitória do ilícito (MARINONI, 2003, p. 190).

Isso porque como já mencionado, o dano é tão somente uma possível (logo pode ocorrer ou não ocorrer) e mera consequência do ato contrário ao direito, o ato ilícito. Assim, se a própria tutela final não visa o ressarcimento, mesmo que na sua forma específica, por danos causados pelo ato ilícito, não faz sentido, por sua própria natureza, que somente seja possível a antecipação de tutela com base em perigo de dano irreparável.

A demonstração verossímil da ocorrência do ato lesivo ao direito será a própria produção probatória que se deverá produzir para atingir a tutela final pretendida. Isto porque acredita-se que não tem outra forma de demonstrar, mesmo com o ligeiro limite da plausibilidade, cláusula contratual bancária ilícita, sem se apresentar o próprio instrumento contratual que contenha referido dispositivo.

Isso nos leva a uma conclusão lógica. Se para a possibilidade de concessão de tutela antecipatória não se terá outra forma, se não a prova “inequívoca”, final e conclusiva da existência da cláusula contratual ilegal, qual seja, multa por inadimplência superior ao limite estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, obrigatoriamente nos leva a crer que logo após a apresentação da contestação por parte da instituição financeira, será possível o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330 do Código de Processo Civil. Isto porque, não existirá necessidade de dilação probatória, visto que os fatos estarão prontamente demonstrados com os contratos que deverão ser juntados.

Todavia, mesmo assim caberá a tutela antecipada. Mesmo porque, a tutela antecipada visa à proteção ao direito que está sendo lesado antes mesmo da fase de resposta do Réu, fase esta que deverá ser atendida anteriormente ao julgamento antecipado do mérito.

E ainda, caberá a tutela antecipada quando dos contratos não for possível uma fácil compreensão aos olhos dos juristas envolvidos, ou seja, do juiz e dos representantes das partes ou da própria parte no caso do Ministério Público, da existência ou inexistência da ilicitude contratual. Motivo o qual ensejará a dilação probatória através de uma perícia financeira para poder auxiliar o juiz dizendo nos autos, o perito, se os contratos firmados pela instituição bancária com os consumidores contêm ou não a cláusula penal ilegal.

Destarte, interessante destacar que não haverá fundamento o bastante para a realização de audiência para instrução probatória, já que a oitiva de testemunhas para o caso em concreto não será viável. O fato poderá ser amplamente demonstrado pela verificação das cláusulas penais apostas nos contratos bancários, o que identifica o fato por simples prova documental, ou no

máximo, como já mencionado, com a prova pericial.

Claro que se for necessária a produção de prova pericial, o julgamento antecipado da lide será obstado, de forma que, o juiz deverá aguardar a produção da prova com a manifestação das partes, para ao final, julgar de forma ordinária o mérito. Mas não ficará obstado a possibilidade de concessão da tutela antecipada.

Versarão os efeitos da tutela antecipada para que a instituição financeira não promova a cobrança dos inadimplentes com o cálculo da cláusula penal acima de dois por cento do valor do contrato, enquanto perdurar o processo e vigor a determinação judicial que conceda a tutela antecipatória, e ainda, nos contratos a serem firmados, quanto à tutela inibitória, a instituição financeira ficará proibida de apor em seus contratos a cláusula em discussão.

Como técnica para efetivação da concessão da medida liminar, poderá o juiz, em observância ao princípio da proporcionalidade (ORIONE NETO, 2002, p. 190), utilizar as técnicas necessárias e adequadas para que a instituição financeira cumpra com a determinação.

Ao nosso ver, será mais efetiva a determinação judicial em que obriga a instituição financeira a aditar com termo provisório todos os contratos que contêm a cláusula ilegal, limitando a multa ao limite legal, para a tutela de remoção do ilícito da forma antecipada. Já para a tutela inibitória antecipada, poderia ser estipulado multa em vultoso valor pecuniário em caso de descumprimento com a determinação.

5.4 Técnicas que poderão ser utilizadas para cumprimento da sentença de procedência

Diante das possibilidades de pleito de tutela de remoção do ilícito e inibição contra multa acima do permitido legal por inadimplência nos contratos bancários, nos termos dos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor, assim como, artigo 461 do Código de Processo Civil, poderá o juiz utilizar os meios necessários para fazer cumprir com sentença de procedência da ação de remoção e inibição de ilícito.

Tais técnicas, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 415), correspondem às modalidades de sentença que poderão ser exaradas, sendo elas numa divisão quinária as sentenças condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental e executiva.

É sabido que não será declaratória ou constitutiva a sentença de procedência da questão em apreço. Então devemos nos atentar as demais modalidades de sentença. Todavia, a sentença (técnica) condenatória não é

bastante ou idônea para tutelar o direito que se pleiteia. A sentença condenatória, por seu conceito tradicional, visa a implementação de um direito para abertura de oportunidade do vencedor da causa ajuizar uma execução judicial. Todavia, percebemos que não mais esta técnica é plausível para a verificação adequada do direito em vista, ou seja, da remoção do ilícito ou sua inibição. Isto porque, não se tem fundamento da sentença constituir título executivo para habilitação em execução ou cumprimento da sentença como se preferir (MARINONI, 2004, p. 94).

A efetividade da prestação jurisdicional é direito fundamental, de forma que a técnica adequada para tutela de remoção e inibição do ilícito é mandamental ou executiva.

Neste diapasão vale o destaque que para Luiz Guilherme Marinoni, ao que nos transparece por suas obras, não existe a denominação “ação condenatória”, “ação mandamental” ou “ação executiva *‘lato sensu’*”, mas sim, “ação de remoção do ilícito”, “ação inibitória”, “ação de ressarcimento”. Isto porque, ação é o direito de obtenção da tutela do direito material, como já mencionado acima no conceito do autor, de forma que nos conduz ao entendimento de que não pode vir a existir a chamada “tutela mandamental” por exemplo, pois seria uma inversão conceitual, pois o vocábulo “mandamental” corresponde à técnica utilizada para obtenção do resultado que se pretende, este sim, a tutela, qual seja, a proteção efetivamente ao direito material.

Tanto o é que o juiz poderá a qualquer momento, vindo a perceber que a técnica utilizada não está sendo adequada ao cumprimento da determinação para obtenção da tutela, alterar a técnica para a modalidade que melhor se adequar à necessidade. Pode, por exemplo, em sentença, determinar o juiz que o sucumbente faça alguma coisa sob pena de multa. Mais tarde, pode alterar essa determinação para que seja executado o fazer por outros meios, já que o obrigado não a cumpre. Dependerá sempre da forma que melhor se efetivar a tutela (MARINONI, 2004, p. 291).

Diante disso, ao que nos parece, para o autor, as concepções de ações para Ovídio A. Baptista da Silva (2000) e José Miguel Garcia Medina (2002), entre outros autores que pensam da mesma forma, onde os mesmos enfocam como “ações executivas *lato sensu*” ou “tutelas mandamentais” ou “ações mandamentais”, não é o mais acertado. Mandamentais e executivas seriam as técnicas utilizadas para o alcance das tutelas pretendidas, que são tutelas de remoção, inibição, ressarcitória, e seguindo a mesma linha, a que nós dissemos alhures, a reintegratória.

Nos parece mais acertada a concepção de Luiz Guilherme Marinoni, por nortear e contextualizar mais adequadamente o atual prisma constitucional

que o processo civil deve se ater.

Então, para a tutela de remoção do ilícito ou sua inibição contra cláusulas penais ilegais nos contratos bancários, serão mais adequadas as técnicas mandamentais ou executivas, ou ambas num mesmo procedimento, quando as pretensões tutelares forem cumulativas.

Note-se que para a tutela de remoção do ilícito, tanto será válida a fixação de multa cominatória para a coerção da instituição bancária que promova a remoção das cláusulas ilegais dos contratos, através de aditamentos, como será possível que o próprio juízo formule, e nada o impede disso fazer, um modelo de cláusula penal para os contratos bancários adequada aos limites do Código de Defesa do Consumidor e por determinação judicial lance como adimplemento contratual automaticamente sobre todos os contratos que contenham a cláusula ilegal. Esta seria uma técnica executiva perfeitamente possível de se implementar.

Aqui se evidencia novamente a diferença entre denominar ação de remoção do ilícito para ação executiva *lato sensu*. Note-se que para remover o ilícito o juiz não está adstrito a uma medida executiva *lato sensu*, pode optar por medida mandamental, o que desbancaria a denominação “ação executiva”.

Vale ainda ressaltar as proposições de Ovídio A. Baptista da Silva (2000, p. 185), de que a execução *lato sensu* somente é possível para a tutela dos direitos reais. Logo, a executividade *lato sensu* somente seria possível para ações reais, ou seja, possessórias, reivindicatórias, entre outras desta natureza, sendo que, para obrigações pessoais, como seria o caso deste trabalho, impossível seria a executividade *lato sensu*.

Todavia, tal pensamento não parece o mais adequado. Não há motivos para eximir das obrigações pessoais a executividade direta da determinação judicial. Neste sentido, a sentença executiva *lato sensu* não dá ensejo a um título executivo, sendo ela mesma uma determinação de cumprimento judicial a alguém, não se configurando condenação (MEDINA, 2002, p. 249).

É possível então, a utilização da “técnica” executiva para a satisfação da remoção do ilícito.

Já para a satisfação da tutela inibitória, esta sim, se verificaria melhor adequada a técnica mandamental. Isto porque, não seria possível outra modalidade senão uma ordem se obrigação de não fazer à instituição financeira. É claro que referida ordem, para ter consistência, deve ser acompanhada de uma sanção, que será meio coercitivo para o cumprimento de não fazer.

Neste sentido também existe celeuma sobre a concepção de Luiz Guilherme Marinoni. Para este processualista, a sentença mandamental se caracteriza pela ordem sob pena de alguma modalidade de coerção (2004, p.

128). José Miguel Garcia Medina (2002, p. 350) contestou a idéia, trazendo em sua obra que para se configurar “tutela mandamental” não seria necessário no conceito da técnica estar figurada a coerção, direta ou indireta. Bastaria, para tanto, a ordem no bojo da sentença.

Apesar do primeiro processualista ter replicado a posição de Medina na mesma página citada, numa demonstração ímpar de intelectão ao objeto, o que é inerente ao duto mestre do direito processual, comungamos da posição de José Miguel Garcia Medina. Isto porque para que esteja presente na sentença a técnica mandamental, bastará que o juiz “mande” o próprio réu executar ou deixar de executar uma ação, independentemente da coerção que venha a poder sofrer. Assim, a característica unicamente necessária para que se esteja diante de uma sentença mandamental, será a presença de uma ordem voltada ao sucumbente. A coerção, que poderá ser estipulada, é mero atributo acessório para estímulo de cumprimento, mas não é elemento essencial para a caracterização da sentença mandamental.

Retornando à questão de verificação de ilegalidade na multa por inadimplemento no contrato bancário, conclui-se que serão bem-vindas as técnicas executiva ou mandamental para tutela de remoção do ilícito, e mandamental para tutela inibitória.

6. Ações e titularidade

A tutela dos direitos do consumidor pode ser realizada coletivamente ou particularmente pelo próprio consumidor. Quando realizado pelo próprio consumidor, não se tem necessidade aqui de tecer maiores digressões, pois a legitimidade será do próprio contratante para com o banco, através de ação de remoção de ilícito própria, demonstrando a existência da cláusula penal que estipula multa acima do permitido pelo §1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, no contrato que celebrou com o banco.

Ao que se parece, em função de possível tutela inibitória, não teria o particular legitimidade ou mesmo interesse de agir. Isto porque a tutela inibitória tem como escopo, já explicado anteriormente, a prevenção contra o ilícito que ainda não foi praticado. Ora, se é assim, o particular não teria ainda celebrado contrato para com o banco, não firmando relação contratual, mesmo que de cunho consumerista, para com aquele, vindo a afastar qualquer forma de interesse de agir contra a instituição. Assim, pelo particular, seria possível somente a tutela de remoção do ilícito, ou mesmo a tutela ressarcitória pelo equivalente tivesse ocorrido o dano, já que esses sim, estão voltados à ilícitos já ocorridos, presumindo a existência de um contrato.

Já na forma coletiva, como especificado em ponto anterior, será possível através da ação civil pública, já que corresponde a tutela de direitos individuais homogêneos de natureza consumerista. Sabe-se que a lei 7.347/85, em seu artigo 1º não prevê expressamente a possibilidade da ação constitucional para defesa de direitos individuais homogêneos. Pelo contrário, é expresso o inciso IV em identificar “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Todavia, neste caso, os direitos individuais homogêneos estariam fora do âmbito de abrangência da ação civil pública? Pensamos que não.

O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor preceitua a tutela coletiva para defesa dos direitos dos consumidores, sejam estes coletivos, difusos ou individuais homogêneos (CARVALHO FILHO, 2005, p. 29), vindo a ampliar as forças da ação civil pública em seu artigo 90 (WATANABE, 2004, p. 785), possibilitando a adequação da propositura da ação civil pública para buscar a tutela de remoção do ilícito e sua inibição contra contratos bancários que contenham cláusulas com conteúdo abusivo e mesmo expressamente ilícitas, como cominação de multa por inadimplência superior a dois por cento do valor do contrato.

Serão legitimados para esta ação os órgãos descritos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, sendo estes, além do Ministério Público, os entes federativos, órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta, ainda que não tenham personalidade jurídica, desde que sejam especificamente destinados à proteção do consumidor, ou por fim, associações legalmente constituídas por mais de um ano, com fim, entre outros, de defesa ao consumidor. Lembrando sempre que, se o Ministério Público não for o próprio proponente da ação, atuará como fiscal da lei, considerando que trata-se de matéria de direito de ordem pública.

Dentro de todas essas possibilidades, por fim, como já mencionado também, mesmo sendo ação civil pública, nesta é possível a cumulação de tantos pedidos quantos forem necessários para defesa e tutela dos direitos individuais homogêneos (RODRIGUES, 2006, p. 279), logo, podendo os órgãos cumular as ações de remoção e inibitória do ilícito contra os contratos bancários com cláusulas ilícitas.

7. Conclusão

Por fim, para concluir a exposição, faz as seguintes pontuações:

01. Contratos bancários são aqueles realizados entre alguém e uma instituição bancária, para a finalidade desta prestar quaisquer modalidades de

serviços bancários que ofertar, e ainda, mesmo aqueles negócios acessórios ao contrato principal;

02. Os contratos bancários estão submetidos às normas do direito consumerista, desde que firmados entre a instituição bancária e um sujeito que não tenha perfil de instituição financeira;

03. Estando submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 52, §1º deste diploma legal, é ilícita a cláusula penal moratória em contrato bancário com estipulação de multa por inadimplência superior a dois por cento do valor do contrato;

04. É ilegal, por não ser expressamente prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, a cominação de cláusula penal compensatória em contratos bancários submetidos ao direito consumerista;

05. A tutela contra o ilícito independe da ocorrência do dano;

06. Serão possíveis as tutelas de remoção do ilícito, esta para remover a ilicitude da cláusula penal do contrato bancário, assim como, a tutela inibitória, esta para inibir a instituição financeira a não mais celebrar contratos que contenham a cláusula ilícita;

07. As provas a serem realizadas deverão levar em consideração a finalidade das tutelas, observando o momento da ocorrência do ato ilícito;

08. A tutela antecipada será possível para remover ou inibir o ilícito nos termos e limites da lei;

09. O julgamento antecipado da lide será possível, desde que, não seja necessária a produção de prova pericial para identificar o ilícito nos contratos bancários;

10. Poderão ser utilizadas pelo juiz as técnicas mandamental ou executiva para a remoção do ilícito do contrato bancário, e a técnica mandamental para sua inibição;

11. Poderá o particular promover ação própria para remoção do ilícito ou ressarcimento pelo equivalente, no caso de ocorrência do dano, mas não ação inibitória;

12. A ação civil pública é própria para servir como instrumento processual para tutela de remoção do ilícito e inibitória, mesmo para direitos individuais homogêneos, contra o ilícito praticado em contrato bancário em face de consumidores, podendo, inclusive, serem cumuladas as pretensões tutelares numa mesma ação.

8. Referências

ALVIM, E. A. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, R.; NOLASCO, R. D. (Coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARNELUTTI, F. **A prova civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- CARVALHO FILHO, J. dos S. **Ação civil pública: comentários por artigo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumem, 2005.
- DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.
- FILOMENO, J. G. B. et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.
- GOMES, O. **Curso de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MAZZEI, R. Tutela coletiva em Portugal. In: MAZZEI, R.; NOLASCO, R. D. (Coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MEDINA, J. M. G. **Execução civil: princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRANDA, P. de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.
- NERY JÚNIOR, N. et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ORIONE NETO, L. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.
- RIZZARDO, A. **Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005a.
- _____. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004;
- _____. **Parte geral do código civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005b.
- RODRIGUES, M. A. Ação civil pública. DIDIER JUNIOR, F. (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Podium, 2006.
- SHIMURA, S. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.
- SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

WATANABE, K. et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

**GUARDIANSHIP AGAINST THE ILLICIT IN BANK
CONTRACTS: THE ILLEGALITY OF THE CRIMINAL
CLAUSE WHICH ESTABLISHES A MORATORIUM FINE
OVER TWO PER CENT OF THE INSTALLMENT VALUE**

ABSTRACT: The bank contracts are those celebrated by financial institutions to provide the services offered in the economic-financial market. Most of these contracts are submitted to the principles of the Consumer Law which have to be aware of the interest and limits established by the Consumer Defense Code. Thus, the criminal clause in a bank contract submitted to the mentioned Code which establishes a moratorium fine by default over two per cent, limit foreseen by the §1º of the article 52 of this law, will be expressed illicit. The jurisdictional guardianship can't be separated from the bank contracts in a way that the described illegality could be removed through a consumer's action against the financial institution, or removed and inhibited through a public civil action which might be proposed by the Federal Prosecutor's Office, federative people, or any institution that promotes the defense of the consumer. The possibility of removal guardianship or illicit inhibition does not depend on the damage occurrence, that's why it's not possible to use the demanding and executive techniques to satisfy the right to a contractual adequacy.

KEY WORDS: Consumer; Bank Contracts; Guardianship of the Illicit Removal; Inhibitory Guardianship.

Artigo recebido para publicação: 30/05/2006

Received for publication on May 30 2006

Artigo aceito para publicação: 08/06/2006

Accepted for publication on June 08 2006