

Constituição de Crédito Cambiário e o Código de Defesa do Consumidor

Pedro A. Batista Martins

"Se os homens são irmãos, devem ser iguais; se não o são, o mais fraco tem direito a ser protegido" - *Georges Ripert (in O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno - Saraiva - 1937 - p. 133).*

1. O direito lesado sempre consubstanciou sentimentos e impulsos de vingança que aplacasse a injustiça provocada.
2. Primitivamente, a obrigação de pagar aderiu ao próprio corpo do devedor.
3. Este respondia com sua vida pelo inadimplemento causado e, em caso de concurso de credores, a Lei das XII Tábuas admitia fosse o devedor esquartejado em pedaços iguais ao número de credores.
4. As testemunhas tinham papel fundamental, pois a elas cabia não somente confirmar o direito mas também ajudar fisicamente, se necessário, na execução forçada da penalidade imposta.
5. Era o regime da opressão para o devedor insolvente. A boa-fé dos contratantes não imperava. O devedor faltava a ela sem escrúpulos. Assim, a solução mais frequente era a escravidão do prestamista pobre.^[1]
6. Pelo Código de Manu, o credor hindu poderia apoderar-se de tudo aquilo que pertencia ao devedor, inclusive a mulher, os filhos e os animais.
7. Neste particular, o rigor legal imposto ao hindu inadimplente era abrandado ou limitado apenas em função da posição social que ocupasse. Assim, a casta dos reis e dos brâmanes não estava sujeita a violência na satisfação do débito.
8. Mormente, aquele que morresse devendo certamente voltaria à vida reencarnado em um cavalo ou em um boi para que, assim, quitasse a obrigação, prestando serviços ao credor.
9. Tal lógica tinha por pressuposto o fato de o devedor, ao falecer, ver-se desapossado de suas boas ações feitas em vida, que se agregavam ao patrimônio espiritual do credor.
10. Até o bem praticado pelo infeliz inadimplente ao longo de toda a sua existência revertia em benefício do indivíduo a quem a compensação era devida.^[2]
11. Já o antigo direito romano ameniza as consequências execráveis para o obrigado inadimplente, ao não permitir que a vida deste respondesse pela dívida contraída perante o terceiro de direito.
12. Torna-se patente a ampla conscientização da moral e da ética exposta na doutrina católica. Amai-vos uns aos outros! Todos são iguais perante Deus!^[3]

13. Contudo, ainda assim, a obrigação restava agregada ao corpo do devedor.
14. O não cumprimento das condições acordadas, nos seus estritos termos, assegurava ao credor o direito de manter o devedor em cárcere privado até que fosse vendido no mercado de escravos.
15. O processo de satisfação da dívida era acompanhado apenas pelos interessados, sem a interferência de qualquer autoridade estatal.
16. *Neque enim qui potest in fórum statuere, necesse habet adversus fuerum litigare*: desnecessária a tutela estatal para reconhecer ou realizar o direito que, per se, é legítimo e evidente.
17. Anos se passaram até que o devedor conquistasse o benefício de só poder ser encerrado em calabouço privado mediante ordem do magistrado e, posteriormente, o de ser aprisionado, apenas, em penitenciárias públicas.
18. Na época da realeza francesa, a pena privativa da liberdade ainda vigorava a pleno vapor.
19. A Ordenação de Moulins, de 1566, regulamenta a prisão por dívidas "para fazer cessar os subterfúgios, demoras e tergiversações dos condenados". Tal preceito foi reproduzido na Ordenação de 1667 que dispunha sobre o processo civil.^[4]
20. No século XVIII, Danton, apoiado por Robespierre, proclamava ser "uma vergonha para a humanidade e para a filosofia, que um homem, tratando-se de dinheiro, possa hipotecar a sua pessoa e a sua segurança...
21. Um tal encarceramento é contrário à sã moral, aos direitos do homem e aos verdadeiros princípios da humanidade".^[5]
22. Contudo, e inobstante o difundido liberalismo inglês, o Código Civil e o Código de Processo Civil francês mantêm a pena privativa da liberdade para determinados tipos de dívidas e o Código Comercial sujeita à prisão todos os comerciantes insolventes.
23. Somente em meados do século XIX, mais precisamente em 17/7/1832, que as mulheres, os menores e os idosos foram isentados de prisão por dívida.
24. Nesse período, entretanto, juristas brilhantes vinham elaborando estudos importantes cuja essência mantém-se íntegra nas legislações contemporâneas.
25. Clamam eles - Saleilles, Geny, Magnaud, Bovio, Tarde, Carne, D'Aguanno - pela imposição de regras legais de proteção dos bens necessários à própria sobrevivência do indivíduo.
26. É a política do "*homestead*", a "fase eminentemente afetiva do direito", surgida mais claramente de uma lei do Estado do Texas - então independente - de 16/1/1839.
27. Assim, mesmo para pagamento de dívidas, passou o devedor a se valer das regras excepcionais dos bens de família e, posteriormente, da impenhorabilidade de patrimônio especial.^[6]

28. Somente em 22/7/1867 é que a prisão imposta aos devedores foi revogada na França e, a partir de então, tal preceito foi difundido no Ocidente.
29. Destarte, para alguns, foi esse regime rigoroso, porém eficaz, que incutiu lenta e penosamente no inconsciente da coletividade a necessidade de os indivíduos cumprirem com as promessas ajustadas.
30. Historicamente, pois, os devedores, no primeiro estágio, prevalecendo-se dos princípios morais e éticos conquistaram a liberdade, salvaram a pessoa e a honra para, posteriormente, salvaguarda parcela dos seus bens patrimoniais com respaldo no "*homestead*".^[7]
31. Os princípios da revolução francesa - liberdade, fraternidade e igualdade - transformaram-se em regra de conduta básica dos povos.
32. Contudo, como assinala G. Ripert, a experiência tem demonstrado que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores. O dever que cada particular não cumpre em relação ao próximo, cabe ao Estado cumpri-lo em nome de todos.^[8]
33. A proteção dos mais fracos é assegurada pela ingerência estatal que visa manter o equilíbrio das relações jurídicas.
34. Essa intervenção se faz sentir, igualmente, no jogo contratual, como forma de evitar ou minimizar a lesão de direito do mais fraco.
35. A autonomia da vontade e o respeito ao *pacta sunt servanda* são postulados eficazes mas que não atingem, necessariamente, o equilíbrio entre as partes contratantes.
36. O princípio da liberdade de contratar, nem sempre realiza a justiça, pois a moral e a boa-fé, frequentemente, não prevalecem nas relações contratuais.
37. Não mais prepondera o liberalismo exacerbado do Século XIX.^[9]
38. Os principais da equidade se deriva do contrato pela submissão consentida dos mais fracos tem na *longa-manus* do Estado combatente valioso.
39. Neste particular, a intervenção estatal modera o apetite do credor como forma de equilibrar os liames jurídicos.
40. O contrato nem sempre se forma e se aperfeiçoa livremente, no seu sentido lato. A igualdade de forças entre os contratantes não é frequente. Não havendo o necessário equilíbrio, o mais forte acaba por prevalecer, e obter condições favoráveis que reforcem sua posição contratual.
41. A obrigação criada pelo contrato não pode, com efeito, ser considerada como voluntariamente aceita, senão quando a vontade de poder do devedor é rigorosamente igual à do credor.^[10]
42. Assim, as rígidas condições impostas ao contratante necessitado devem sujeitar-se, via de regra, ao

sentimento maior de justiça/equidade.

43. Contudo, a adequação do princípio da autonomia da vontade, consubstanciada nas regras da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*, com o postulado moderno de proteção aos interesses dos mais fracos, tem sido dos mais difíceis desafios de legisladores e julgadores.

44. Ponto nodal nas relações contratuais, o equilíbrio entre partes desiguais, não raro, sofre reveses irreparáveis.

45. O Judiciário, como instância única de solução dos interesses lesados, não raro reflete esse desajuste, quando ora decide para um lado, ora para o oposto, na sua busca ininterrupta de centrar o fiel da balança.

46. Nesse particular é que trazemos à colação assunto objeto de muita controvérsia, cuja solução até então adotada pela grande maioria dos julgadores impõe aos mais fracos ônus excessivo e a perpetuação do desequilíbrio jurídico.

47. É o caso das cláusulas contratuais que autorizam os credores emitir títulos de crédito na ocorrência de inadimplemento de obrigação de pagar.

48. Mormente, é comum, ainda, o devedor, quando o não cumprimento do acordado possibilita o saque de letra de câmbio, outorgar a pessoa ligada ao credor, poderes para esta reconhecer validade da dívida, aceitando a cambial em nome do devedor.

49. O aceite lançado pelo mandatário torna o mandante-devedor abrigado principal, sujeitando-o à limitação do direito de defesa perante terceiros de boa-fé.

50. Através desses permissivos contratuais, o credor corporifica o seu crédito em direito autônomo e independente, submetendo o devedor às regras rigorosas do direito cambiário, onde as exceções extracartulares não devem prevalecer.

51. Note-se que a emissão de título de crédito tem por consequência a criação de um direito novo, a par daquele pactuado em instrumento separado.

52. A doutrina reconhece que o título de crédito tem o dom de criar direitos inexistentes.

53. A circulação dos títulos da espécie gera a certeza e a liquidez da obrigação neles expressa, que muitas vezes não subsistiria caso tivesse permanecido na posse do primeiro beneficiário.

54. Visando tornar segura e confiável a circulação do crédito, o direito que rege as cambiais impõe às partes envolvidas, signatários da declaração cartular, rígidas regras obrigacionais.

55. Direitos e obrigações tão concludentes que sua fiel observância, em determinados casos, gera aparente sentimento de injustiça. No entanto, forçoso ter sempre em mente que essa rigidez visa proteger o terceiro de boa-fé, desconhecedor das diversas relações jurídicas existentes, que lhe são anteriores e às quais não se vincula ou se subordina.

56. O fim precípua da cambial é a sua circulação, que possibilita a realização imediata (via desconto) de valor futuro.

57. Assim, o emitente do título de crédito não pode afirmar quem dele exigirá, no vencimento, o cumprimento da obrigação expressa no documento cartular.

58. Daí que o direito cambiariforme impõe aos obrigados comandos legais rigorosos.

59. E são destas regras de procedimento inflexíveis que têm se servido aqueles que, em flagrante desequilíbrio jurídico, infligem aos seus obrigados as cláusulas e condições em apreço.

60. Há muito que as autorizações dadas por uma das partes para saque e aceite da cambial vêm sendo questionadas pela doutrina.^[11]

61. Disseminadas em contratos de adesão, em sua grande maioria formalizados por instituições financeiras, o devedor submisso capitula perante o credor, frente ao poder deste de emitir títulos em nome do obrigado para contra este mesmo ser utilizado.

62. Tal prática, ao longo dos anos, vem recebendo guaridas de grande parte do Poder Judiciário.^[12]

63. Inobstante a proposição de invalidade de emissão de títulos de crédito nos casos em exame, por conflito de interesse, oferecida no Encontro Nacional de Juizes dos Tribunais de Alçada (Rio de Janeiro, 1981) pelo grupo de estudiosos do Tema nº 12, o assunto foi objeto da Súmula nº 02, do TARJ, ainda em vigor, *verbis*:

"É eficaz, em princípio, o mandato outorgado por usuário à sociedade financiadora de cartão de crédito, para emitir nota promissória".

64. Contudo, de lege lata, não pode mais prosperar esse tipo de entendimento, pois entrou em vigor, recentemente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078, de 11/9/90), trazendo em seu bojo substanciais inovações jurídicas.

65. O referido código inseriu em nosso sistema legal, um conjunto de normas vanguardistas, baseadas nas tendências vislumbradas nas legislações norte-americana e da Europa Ocidental, cuja espinha dorsal é a afetiva proteção ao consumidor, tido como o lado economicamente mais fraco nas suas cotidianas relações com o mercado.

66. Note-se que a orientação legal partiu da premissa de que o consumidor apresenta-se sempre em desvantagem perante as forças do mercado. O objetivo precípua é a salvaguarda dos interesses maiores da coletividade.

67. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo a proteção dos interesses econômicos dos consumidores e, para tal, consigna como princípio a ser atendido o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

68. Como assinala Eros Roberto Grau, "qualquer interpretação da norma de conduta ou da norma de

organização contida no Código só será válidas se essa interpretação for compatível com o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo".^[13]

69. Em consonância, a mesma lei veda ao fornecedor de serviços prevalecer-se da franqueza do consumidor para impingir-lhe seus serviços (art. 39, IV).

70. Impera o sistema de proteção do mais fraco. O liberalismo contratual sucumbe face à flagrante desigualdade de forças existente nas relações de consumo.^[14]

71. Defendem alguns que a procuração outorgada pelo devedor, nos contratos de mútuo ou de crédito de aceitação, é condição essencial do negócio jurídico, ou seja, sem o mandato não há crédito. Aceitando as condições, não pode mais o devedor questionar sua eficácia.

72. Contudo, hoje, é direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de serviços (art. 6º, IV).

73. Mais ainda, ao fornecedor é expressamente vedado exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V).

74. Destarte, nulas são as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (arts. 51, IV).

75. Patente que os termos das cláusulas objeto do presente estudo sujeitam o ato ao arbítrio da parte mais poderosa.

76. O mandato outorgado pelo devedor ao credor ou pessoa a este ligada é utilizado no interesse exclusivo do credor, em total distorção da natureza da representação.

77. Por outro lado, é fato também que, na ação cambial, o executado não tem irrestrito direito de defesa, já que este é limitado às exceções pessoais, a defeito de forma do título e a falta de requisito necessário ao exercício da ação, o que, *per se*, fere o direito básico do consumidor devedor a facilitação da defesa de seus direitos (art. 6º, VIII).

78. Como bem salienta W. BULGARELLI, a imposição das cláusulas da espécie implica "na renúncia a discutir o valor e a própria exigibilidade da obrigação por parte do devedor, em favor do credor, e também na renúncia, em geral, ao favor *debitoris* (art. 131, 5 do Código Comercial), e na abdicação das exceções de caso fortuito e força maior".^[15]

79. Mormente, tais cláusulas caracterizam burla ao sistema legal de proteção contratual do consumidor (art. 47) e retira a possibilidade de o devedor discutir, dentre outras, as taxas e despesas cobradas pelo credor.

80. Flagrante o conflito de interesses que resulta da constituição de crédito cambiário pelo credor ou interposta pessoa, já que a este cabe, de forma unilateral, determinar a importância exigida na cártula.

81. Não raro as cambiais são levadas a protesto, em prejuízo do devedor que, não convencido do montante declarado no título, se recusa a honrar a obrigação pelo valor total exigido.

82. Destarte, é de salientar que a lei do consumidor proíbe as estipulações contratuais que exigem dele benefício excessivo ou permitam ao fornecedor variação do preço de forma unilateral.

83. Por outro lado, são consideradas nulas, de pleno direito, as normas contratuais que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, VI).

84. Ora, a medida judicial promovida com base em título de crédito assegura ao demandante, de antemão, a inversão do dever probante.

85. Sem eficácia, também, as cláusulas que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor (nt. 51, VIII).

86. Com base neste preceito legal, não pode surtir efeito jurídico a procuração outorgada a pessoa ligada à entidade credora, para sacar e/ou aceitar a cambial, em nome do devedor.

87. Patente, pois, que a faculdade de uma das partes de vir a emitir título de crédito para cobrar dívida oriunda de ajuste contratual firmado pelos contratantes não mais pode prosperar, pois não se alinha às regras do Código de Proteção do Consumidor.

88. Cabe aos Tribunais declarar a ineficácia jurídica das cláusulas contratuais em apreço e, assim, pacificar a jurisprudência, até porque, como derradeiro argumento, foi dado ao julgador, pelo Código do Consumidor, o poder de sentenciar com base na equidade.

1. Carvalho de Mendonça, M. Ignácio in Doutrina e Prática das Obrigações - Ed. Francisco Alves - 2ª Edição - 1911 - p.131. [?](#)
2. Segundo atesta Carvalho de Mendonça, M. Ignácio op. cit. P.430, "na antiga Escandinávia o devedor insolúvel era equiparado ao ladrão e como tal rudemente tratado. Desde que se verificasse a insolvabilidade, devia o devedor oferecer-se sucessivamente a seus parentes, a começar dos mais próximos, para obter a quantia de seu débito. Se nem um quisesse prestar-se a resgata-lo, passava a ser propriedade do credor . Este, porém adquiria desde esse momento uma mancipio limitada. Não podia vender o escravo a não ser no caso de já ter ele fugido do cativeiro; não o podia castigar a seu arbítrio e sim somente quando se recusasse a trabalhar . Se essa recusa fosse contínua ou peremptória o credor podia conduzi-lo ao tingu e intimar os parentes a virem liberta-lo. Quando estes deixavam de o fazer por não poderem ou não quererem, restava ao credor o pleno direito de deformar e até de matar seu devedor cativo". [?](#)
3. O sistema feudal também teve importante na coibição da violência contra os devedores insolventes. As frequentes guerras que travavam os feudos na busca do poder e da manutenção de sua hegemonia incutiram nos seus senhores uma política defensivista e de resguardo dos indivíduos, como meio de atingir a sua autopreservação. [?](#)
4. Ripert, Georges op. cit. p.136. [?](#)
5. Ripert, Georges op. cit.p.136. [?](#)
6. Após a crise dos bancos americanos, no período de 1837 a 1842, com prejuízos estimados em US\$ 450 milhões e 33.000 requerimentos de falência, diversos Estados norte-americanos introduziram

em suas respectivas legislações, normas que tornavam impenhoráveis propriedades rurais (bens de família), como forma de reparar o segmento da economia mais atingido com a situação catastrófica da economia americana. A partir de meados do século passado, inúmeros países inseriram em suas legislações as regras excepcionais de impenhorabilidade. [?](#)

7. Note-se, contudo, que nos dias de hoje, no Brasil a posição de devedor tem sido bastante confortável e, até tranquila. A máfia das concordatas premeditadas, as frequentes anistias fiscais, a obstaculizarão do procedimento executivo consentido passivamente pelos tribunais e a espiral inflacionária, cujos índices oficiais e legais não refletem a real perda do poder aquisitivo, têm servido de embaraços intransponíveis à satisfação dos direitos do credor; a este inclusive cabe o adiantamento das elevadas custas processuais e taxas judiciárias, além das despesas com honorários advocatícios. Enquanto isso, não raro, transitam impunemente os devedores, ostentando flagrantes sinais exteriores de riqueza. É ainda atual o testemunho de Ripert, nos idos de 1937: durante a guerra, para encorajar os devedores a pagar, dizia-se; quem pode deve pagar. A máxima mudou: hoje, de boa vontade se diria: quem não pode pagar tem o direito de não pagar. Por sinal, vale ressaltar, que esta infelizmente, tem sido a política e a filosofia que o Estado vem transmitindo como exemplo aos cidadãos. [?](#)
8. Op. cit. p.133. [?](#)
9. Até então, o acordo pactuado refletia um sentimento de justiça mais nítido que o da própria lei, vez que as obrigações não tinham sido impostas e, sim aceitas pelos contratantes, que decidiam, isolada e individualmente, as suas necessidades e o melhor para realiza-las: "Quem diz contratual diz justiça", atesta Fouillée, traduzindo o pensamento de Kant ⁹Ripert, op. cit., p.179). [?](#)
10. Ripert, Georges, op. cit., p.180 [?](#)
11. Cf. p.ex. Bulgarelli Waldirio in Contratos Mercantis - Ed. Atlas - 4ª edição - p.625 e segs. [?](#)
12. Cf. RE 106.128-6 – STP (1 Turma)– DJ 2/9/88 – RT 536/201 – Ap. Civil 6.566 – TRF 5ª Reg (2ª Turma) DJ 12/10/90 – RDM 27/144 – RDM 27/147 – RDM 45/64 – RDM 26/119 – RDM 16/121. No polo oposto: RT 569/125 – RT 572/117 – RT 585/195. Recentemente, a 3ª Turma do STJ tem invalidado a outorga dos mandatos da espécie, face ao manifesto conflito de interesse, à sujeição do ato, ao arbítrio de uma das partes e à afetação da vontade (cf. RESP. 5192 – DJ 10/12/90: RESP. 30/01/90 – DO 10/12/90; - RESP. 6263 – DJ 25/2/91. [?](#)
13. Apud Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, coordenação Juarez de Oliveira - Saraiva - p. 27. [?](#)
14. Note-se que as atividades de natureza bancária, financeira e de crédito são conceituadas como serviços. [?](#)
15. Op. cit. - p. 628 [?](#)