

# Cláusulas contratuais bancárias comerciais

**Luís Gustavo Franco**

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal  
Mestre em Direito pela Universidade Federal  
de Santa Catarina*

## RESUMO

Este artigo busca traçar um panorama sobre as cláusulas contratuais comerciais bancárias de aplicação geral e recorrente nos negócios jurídicos bancários. O fenômeno é analisado em seus vieses doutrinário, legislativo e jurisprudencial, compondo uma leitura dogmática, mas de abordagem crítica, procurando o diálogo das fontes e a interlocução com o direito comparado. A partir desse cenário, constroem-se novas possibilidades de interpretação, tendo em vista o rigor técnico e a melhor solução para cada caso em concreto, evidenciando os acertos e equívocos dos tribunais brasileiros. Trata-se de um texto dialógico, que estabelece uma tentativa de oxigenar discursos muitas vezes repetidos sem maiores reflexões, ferramenta a ser usada no cotidiano dos que laboram no ramo do Direito Bancário, no permanente esforço de concretização de segurança jurídica para os contratantes.

Palavras-chave: Direito Bancário. Contratos comerciais. Cláusulas contratuais. Interpretação jurisprudencial.

## ABSTRACT

The current study aims at making a prospect on bank commercial provisions of general and recurrent application in banking juridical transactions. The phenomenon is analyzed in its doctrinaire, legislative and jurisprudential features drawing up a dogmatic reading, but with a critical approach, aiming at the dialogue between sources and the interlocution with compared law. As of that scenery new possibilities for interpretations are built, in the light of the technical rigor and the best solution for each concrete case, emphasizing the rights and the errors in Brazilian tribunals. It is a dialogue text in the attempt of bringing fresh air to repeated statements which demand further thinking, a tool to be used in the daily life of those who work in the area of Banking Law, in a permanent effort to ensure juridical security for contractors.

Keywords: Banking Law. Commercial contracts. Contractual clauses. Jurisprudential interpretation.

## 1 Introdução

O Direito Bancário historicamente emerge das práticas comerciais e na absoluta maioria dos países carece de uma base legal codificada, a despeito de ser ramo da atividade econômica com intenso grau de regulação, seja com base em acordos internacionais, seja por normas das autoridades fiscalizadoras de direito interno.

Em sociedades e em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, calcado substancialmente na importância do direito positivado, a superposição de regras legais (civis, comerciais, consumeristas e reguladoras) acaba criando antinomias e insegurança jurídica e reduzindo o papel que deveria ser normalmente reconhecido aos usos e costumes bancários como fonte de excelência do direito, na medida em que observam dois aspectos essenciais de efetividade das normas jurídicas privadas: o respeito à autonomia da vontade das partes e a convicção da juridicidade e obrigatoriedade de determinadas condutas consagradas pela prática.

Esse é o sentido preponderante do recurso a cláusulas contratuais gerais no ramo bancário, o de sedimentação de determinadas práticas reiteradas, em que as partes podem esperar, com razoável grau de confiança – elemento indispensável à efetivação dos negócios bancários –, os efeitos concretos, seguros e desejados de determinadas operações. Isso porque a própria dinâmica das relações negociais bancárias impõe tal característica. A exploração da atividade econômica/financeira/bancária dá-se em regime de elevado grau de concorrência e em nível de relevância que justifica a intervenção do Estado por meio de pessoas constituídas especialmente para tal fim (empresas públicas e sociedades de economia mista). Tal realidade conduz a um mercado que opera em níveis relativamente uniformes, dada a celeridade que espera quem procura o crédito (via de regra, a premência da necessidade impõe limites temporais à pesquisa de preço e condições) e que deve ser atendida por quem o oferta (sob pena de perder o cliente para outra empresa que o atenda de modo mais ágil).

Sem o recurso e sem o uso de cláusulas contratuais padronizadas, haveria inconvenientes para ambas as partes: o cliente estaria sujeito a contratações substancialmente diferentes conforme a instituição financeira casualmente procurada e as instituições financeiras não teriam condições de colocar-se em regime de livre concorrência, por operar em condições muito diversas das demais. Haveria um longo e incompatível processo de negociação dos termos do negócio e um cenário de relativa incerteza quanto ao teor do que se contratou efetivamente, dada a inexistência de normas le-

gais específicas sobre alguns tipos de produtos e/ou operações bancárias.

As cláusulas contratuais gerais padronizadas representam também uma limitação às condições negociais que o proponente poderia praticar de forma indeterminada. Assim, o devedor procura a instituição sabendo, de antemão, quais são as cláusulas e condições vigentes para aquele tipo de produto que deseja contratar.

Portanto, muito mais do que impor a vontade de uma parte sobre a da outra, as cláusulas contratuais gerais corporificam os usos verificados no setor bancário e conferem juridicidade a padrões de comportamento negocial a que – via de regra – falta um regime legal específico e pormenorizado, condições cuja desconsideração sujeitará as partes às discricionárias interpretações das plúrimas leis que poderão ser invocadas pelo interessado (normalmente o devedor) assim que a situação se lhe configure oportuna.

Esse momento sói ser aquele posterior à formalização da avença (atendida a necessidade do crédito, o devedor quer rever o fato de ter pagado um valor que agora reputa indevido) ou quando se configura o inadimplemento (discussão de cláusulas com conteúdo econômico, como tentativa de desconstituir a mora ou como meio de postergar ou mesmo se eximir do cumprimento das obrigações).

As revisões que se procedem normalmente não atentam às circunstâncias subjetivas e objetivas com base nas quais o negócio foi entabulado: necessidade de obtenção de crédito rápido e fácil, em que o cliente aceita e dispõe-se a pagar um preço maior (por exemplo: pela comodidade, uso de cartão de crédito em vez de submissão às exigências formais de um empréstimo pessoal); situação de maior risco de concessão do crédito (cliente com comprometimento patrimonial, que apresenta restrições, sem garantias suficientes), que enseja a cobrança de um preço maior, diretamente vinculado à probabilidade de a instituição não receber o crédito emprestado de volta; entre outras.

Não raro, a revisão faz-se sobre o conteúdo de uma cláusula em tese (ainda que não implementada no decorrer da relação contratual). Já referimos que o fato de os contratos bancários serem majoritariamente de adesão é característica de um processo de racionalização e uma premissa de eficiência, pois responde a uma necessidade própria do produto, do serviço, do cliente e do mercado, que é o dinamismo na concessão de um bem primário (crédito). Assim, não é suficiente à declaração de abusividade que uma cláusula não tenha sido objeto de negociação individual, tampouco que estabeleça ônus aparentemente excessivo: o que deve levar-se em conta é se no conjunto de direitos e obrigações conferidos pelo

contrato existe de fato um desequilíbrio desproporcional e injustificado, considerando que as circunstâncias objetivas e subjetivas da contratação podem ensejar uma onerosidade significativa, diferente da que ordinariamente se verifica, mas que seja absolutamente legítima em face das peculiaridades do caso concreto.

Essas condições são ignoradas quando da revisão judicial de contratos, analisados a partir de um cenário altamente idealizado: o devedor, pessoa acima de qualquer suspeita que nunca deixa de honrar seus compromissos, viu-se obrigado a recorrer a um empréstimo de uma instituição bancária, que lucra exclusivamente às custas de condições negociais exorbitantemente desfavoráveis impostas por ela de modo unilateral a quem teve a ousadia, o azar e a falta de discernimento ao decidir procurar seus serviços. A avaliação, quando muito, é feita objetivamente em relação à taxa média praticada pelo mercado para aquele tipo de produto e pessoa (física ou jurídica) no momento da revisão, sem considerar a situação subjetiva e específica do tomador ao tempo da contratação. Decisões salomônicas, que buscam um meio-termo entre o que se pede e o que se pratica, acabam igualmente por estimular o que se pode chamar de oportunismo judicial (ações revisionais intentadas como temerária aventura ou verdadeira loteria). Basta referir que essa possibilidade veio a ser tardiamente combatida pela inserção de um novo requisito de procedibilidade das ações revisionais por meio da inserção do artigo 285-B no Código de Processo Civil pela Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013.

Essa pré-compreensão de que todo ganho é indevido e desproporcional, de que sua excelência o devedor está em desvantagem e é sempre injustiçado e de que a instituição bancária é uma víbora sorrateira que sobrevive às custas de vítimas devoradas em série por ela é uma visão maniqueísta de um país atrasado que acaba impondo aos bons pagadores a socialização dos encargos da inadimplência e o alto custo do dinheiro no Brasil. É dizer: a despeito de o ativismo judicial pretender produzir efeitos benéficos ao cliente do mercado de crédito individualmente considerado, acaba prejudicando de forma sistêmica as condições gerais em que o produto é indistintamente ofertado.

## 2 Cláusulas contratuais bancárias comerciais

O Direito Bancário ainda carece de efetividade como ramo de conhecimento jurídico autônomo. Não é incomum encontrar as matérias a ele afetas espalhadas em livros catalogados como de Direito Civil, Comercial, Empresarial, Trabalhista, do Consumidor, Regulatório, Econômico e/ou Financeiro. Por certo que a trans-

versalidade do tema justifica em parte eventuais abordagens sob ópticas específicas, mas não quando tal análise resulta da mera falta de técnica de classificação científica, como o mais das vezes ocorre.

Portanto, a bem do esclarecimento, consignamos que ao propor o tratamento de cláusulas bancárias “comerciais” não estamos a referir o campo próprio do Direito Comercial, como aquelas que decorreriam das relações entre bancos e pessoas empresárias, mas sim as cláusulas praticadas em contratos de crédito comercial, excluídas as especificidades jurídicas (legais e jurisprudenciais) dos contratos de crédito habitacional.

No direito alemão, existem dispositivos legais específicos tratando da regulação das cláusulas contratuais gerais bancárias, classificados nos seguintes tópicos: regras fundamentais de relação entre banco e cliente (âmbito de aplicação e modificação de cláusulas, segredo bancário, responsabilidade do banco, concurso de culpas, compensação, direito aplicável, foro competente); funcionamento de conta (saldo, estornos, comprovantes, distribuição de riscos); deveres de colaboração dos clientes (indicar mudança de nome, residência, representação, clareza nos pedidos, verificação de documentos); custos das prestações bancárias (especificação das formas de fixação e de indicação); garantias para pretensões do banco contra clientes; denúncia (justificada por relevante motivo quando de iniciativa do cliente e o contrato for por prazo determinado; com aviso de razoável antecedência quando de iniciativa do banco; salvo justa causa para ambos); e tutela dos depósitos (assegurados por um fundo).

A existência de um regime legal próprio é o último passo de um longo processo de evolução, que Cordeiro (2012) divide em quatro etapas: aplicação de regras gerais, autonomização jurisprudencial, pequena referência legal e regime legal completo.

A aplicação de regras gerais dá-se quando o fenômeno das cláusulas contratuais gerais bancárias for reconhecido (regras comuns dos negócios jurídicos: boa-fé, função social do contrato, hipóteses de defeito, causas de invalidade) ou quando se negar o seu reconhecimento (como realidade específica, que mereça tratamento jurídico diferenciado).

A autonomização jurisprudencial de regra é antecedida e/ou acompanhada de um enfrentamento adequado do ponto de vista doutrinário e científico, antes referido. Com a evolução de institutos, paulatinamente os tribunais vão conferindo soluções particulares ao problema das cláusulas. Ainda que as decisões evoquem princípios gerais, já são capazes de referendar adequada-

mente a existência de um regime diferenciado e autônomo. Via de regra, a autonomização jurisprudencial manifesta-se primeiramente sob a forma de uma intervenção restritiva, tendente à exclusão de cláusulas não cognoscíveis (as que ao tempo da celebração do contrato não eram, não deviam ou não podiam ser de conhecimento dos aderentes) e das cláusulas despropositadas (as que foram incluídas em contrariedade aos usos e costumes dos negócios, frustrando seus objetivos normais).

A pequena referência legal equivale às previsões legislativas que reconhecem estas situações de caráter mais elementar, ora declarando a ineficácia/invalidade de parte do negócio (como em relação às cláusulas impossíveis do aderente conhecer), ora reforçando a necessidade de conduta precaucional no ato da contratação (necessidade de destaque para cláusulas que possam ser prejudiciais ao aderente, facilitando o processo de livre e consciente deliberação sobre a conveniência de contratar nos termos propostos). Fato é que o ilícito aceito por necessidade ou na esperança de que não haverá inconvenientes não merece chancela por parte do ordenamento.

Daí a necessidade de um corpo adequado de regras que não disponha apenas sobre a forma de conclusão dos contratos, mas que penetre em sua substância, de forma a gerar segurança para ambas as partes, certas dos efeitos que o negócio produzirá assim que concluído. Os inconvenientes podem ser decotados de duas formas: adoção de um modelo em que esteja previamente aprovado o conteúdo de cláusulas contratuais gerais de uso legítimo e/ou apreciação da (in)idoneidade das cláusulas por meio de controle jurisdicional.

No caso português, existe uma Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, o Decreto-Lei nº 446/85, com regras legais especificamente bancárias, na versão derivada do Decreto-Lei nº 220/95, a partir da necessidade de conformação com algumas exigências do direito comunitário europeu (Diretriz nº 93/13/CEE). O curioso é que, a despeito de base legal mais rígida e pormenorizada, não existe na prática bancária portuguesa cláusulas contratuais gerais comuns aos diversos bancos, o que também se verifica na realidade nacional e demandaria iniciativa conjunta por meio de associação representativa das instituições financeiras (no sistema de autorregulação).

Assentado esse referencial teórico e introdutório sobre a matéria de que se trata, referimos que a análise procede exclusivamente sob a óptica do ordenamento jurídico pátrio, em relação aos aspectos jurídicos das cláusulas de contratos bancários comerciais (excluídas eventuais peculiaridades decorrentes da figuração da Administração Pública como parte contratante), notadamente em relação às controvérsias estabelecidas nos tribu-

nais brasileiros e ao que se tem validado ou não em termos de redação de instrumentos.

Segue, portanto, uma abordagem de itens comuns à maioria dos contratos comerciais bancários e que ensejam a maior parte das demandas judiciais.

## 2.1 Juros

O tema é dado a controvérsias, sobretudo em função de reminiscências históricas de ordem moral e religiosa, as quais apenas muito recentemente vêm sendo debeladas por melhor compreensão técnica do fenômeno, e, ainda assim, mais em função da visão econômica do que propriamente jurídica.<sup>1</sup>

Segundo estudos do Banco Central do Brasil, o fator preponderante para as altas taxas de juros praticadas no país diz respeito à incerteza no recebimento de créditos, muitas vezes gerada por discussões judiciais (FERREIRA; BABILÔNIA; BARBOSA, 2000). Essa realidade verifica-se a partir da mensuração do custo do dinheiro, por via da composição do *spread* bancário, que é a diferença entre o preço que as instituições financeiras pagam e o que elas cobram pelos recursos que intermedeiam. O *spread* é composto de custos administrativos, impostos, riscos (inadimplência, demandas judiciais), depósitos compulsórios e lucro (normalmente classificado em item “outros”, que inclui, além da margem líquida, erros e omissões).<sup>2</sup>

Neste sentido, a perspectiva da inserção dos juros contratuais tem de ser vista em cenário ampliado, não só de conformidade e padronização de instrumentos no âmbito de uma empresa pública que atua como instituição financeira, mas como meio de efetivo desenvolvimento econômico, redução do “custo Brasil” e política de prevenção de controvérsias judiciais.

Nesse contexto é que assume importância o cumprimento de deveres jurídicos de clareza e adequação da informação impostos pelo artigo 6º, inciso III, artigo 46, artigo 52 e artigo 54, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, artigo 423 do Código Civil.

<sup>1</sup> *Para uma leitura crítica sobre as razões do juízo valorativo depreciativo em torno do tema, recomendamos a leitura do artigo “Os juros compensatórios no mútuo bancário”, de Francisco Cláudio de Almeida Santos, publicado na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais da Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, maio-agosto de 1998.*

<sup>2</sup> *Os estudos do Banco Central divergem substancialmente quanto ao peso de cada componente e sua evolução em perspectiva histórica (de 2004 a 2010 e de 2007 a 2011), em função da metodologia aplicada. Neste sentido, vide Juros e Spread Bancário (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2013) e Relatório de Economia Bancária e Crédito (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011).*

O ideal é que a redação de cláusulas sempre contemple suficiente esclarecimento sobre a natureza do encargo e o modo de incidência que esteja incidindo na espécie (seja quanto aos juros remuneratórios, juros compensatórios – se a título de perdas e danos ou de lucros cessantes –, juros moratórios, seja em relação aos demais consectários, tais como atualização monetária, multa, custas de cobrança e honorários advocatícios).

São três os tipos de juros incidentes em um contrato: remuneratórios, compensatórios e moratórios. Os juros remuneratórios servem para compensar o credor pela indisponibilidade temporária do capital cedido, ou seja, destinam-se à remuneração do capital. Com efeito, a mora do contrato bancário tem o efeito de prorrogar o cumprimento da avença para fins de incidência dos juros contratuais, que, em tal hipótese e em nome da boa técnica do direito civil, deixam de ser verdadeiramente remuneratórios para adquirir a natureza de juros compensatórios (por perdas e danos e lucros cessantes, previstos nos artigos 402 a 404 do Código Civil), ainda que cobrados pelas mesmas taxas do contrato ou pela média divulgada pelo BACEN (FERREIRA, 2011, p. 161).

Tal rigor técnico não foi incorporado pela jurisprudência, consoante se denota da Súmula 296 do STJ, que previu a possibilidade de incidência de juros remuneratórios para o período de inadimplência, *in verbis*: “Súmula 296 – Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”.

Do exposto, adota-se a terminologia consagrada jurisprudencialmente, por segurança jurídica (juros remuneratórios), ou a terminologia consagrada doutrinariamente (SCAVONE JUNIOR, 2009), por propriedade técnica (juros compensatórios).

Por fim, os juros moratórios representam um fator de desestímulo e uma indenização pela inadimplência, sendo contabilizados de forma correspondente ao tempo decorrido desde o vencimento da prestação. Encontram previsão legal nos artigos 406 e 407 do Código Civil e não podem ser superiores a 1% ao mês, consoante redação da Súmula 379 do STJ, *in verbis*: “Súmula 379 - Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês”.

Uma primeira referência deve ser feita em relação à já citada Súmula 296 do STJ. Os juros compensatórios fixados nos contratos comerciais, dada sua usual composição por Certificado de Depósito Interbancário (CDI) e taxa de rentabilidade, nem sempre ficam li-



mitados ao percentual contratado (para o período de adimplência, a título de juros remuneratórios).

Outra questão fundamental diz respeito à exclusão da referência aos percentuais indefinidos devidos a título de taxa de rentabilidade (“até 10%”, via de regra), uma vez que é pacífica a jurisprudência no sentido de reconhecer a nulidade e abusividade dessas cláusulas, por potestatividade (sujeitas ao arbítrio exclusivo e unilateral do credor).

Essa forma de redação viola o disposto no artigo 51, inciso X do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 122 do Código Civil.

Ainda sobre o tema juros, a bem de não estender em demasia a análise, evidenciar a importância de outras questões correlatas e poder melhor tratá-las em abordagem específica, remetemos às considerações efetuadas nos tópicos que tratam de capitalização de juros, correção monetária e comissão de permanência.

## 2.2 Capitalização de juros

Pela importância, o assunto da capitalização, a despeito de se inserir no tema dos juros, merece tratamento em tópico à parte.

Questão já pacificada nos tribunais (vide AgRg no REsp 860.382/RJ, rel. ministro Vasco Della Giustina, desembargador convocado do TJ/RS, Terceira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe 17/11/2010), diz respeito à possibilidade de cobrança de juros capitalizados nos contratos comerciais assinados posteriormente às MPs 1.963-17/2000 e 2.170-36/2001. Com efeito, basta que haja expressa referência contratual no sentido da forma de incidência (capitalizada) e de sua periodicidade (via de regra, mensal).

Por sua vez, a ausência de previsão expressa a esse respeito coloca a instituição financeira demandada em difícil situação nos processos judiciais, uma vez que a defesa faz-se de forma condicionada (argui-se a legalidade da incidência de juros capitalizados na cobrança do débito, quando ou se existente previsão contratual em tal sentido) ou indireta (remetendo à fórmula matemática de cobrança dos juros, em que – a despeito da ausência de denominação específica – demonstrar-se-ia sua incidência de forma capitalizada).

Esse tipo de argumentação já restou vencida no âmbito dos tribunais, consoante interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, objeto de notícia no sítio eletrônico do órgão em 14 de junho de 2012 (REsp 1302738).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Disponível em <[http://www.stj.jus.br/porta\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106044&utm\\_source=agencia&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=pushsco](http://www.stj.jus.br/porta_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106044&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco)>. Acesso em: 11 jul. 2013.

O ajuste nas minutas contratuais é medida absolutamente imperiosa, em face do artigo 6º, inciso III, artigo 46, artigo 52 e artigo 54, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, artigo 423 do Código Civil e artigo 28, § 1º, inciso I da Lei nº 10.931/2004.

Destarte, os contratos e Cédulas de Crédito Bancário (CCB), nas cláusulas que tratem de juros (independente de sua natureza, sejam remuneratórios, sejam compensatórios), devem fazer expressa previsão à capitalização de juros, indicando a respectiva periodicidade.

### 2.3 Correção monetária

A origem da correção monetária data de 1575, na Inglaterra, em virtude do *Act for maintenance of the Colleges in the Universities, and of Winchester and Eaton*, norma segundo a qual as referidas escolas deveriam pagar o arrendamento conforme valor atualizado pela melhor cotação do trigo e do malte no mercado de Cambridge (CALDAS, 1996).

A atualização monetária visa tão somente preservar o valor real contra variações econômicas que implicariam enriquecimento sem causa daquele que pagasse pelo valor nominal não corrigido.

Desta forma, a correção monetária não representa um encargo propriamente dito, mas fator de simples manutenção do poder aquisitivo da moeda contra os efeitos de acréscimo (inflação) ou decréscimo (deflação) de preços, razão pela qual se dá em função de um índice que reflete as oscilações de mercado.

Portanto, a atualização monetária deve representar apenas a efetiva desvalorização da moeda, de modo a preservar seu poder de compra, sem configurar qualquer espécie de lucro, remuneração de capital ou acréscimo real, características próprias de juros. Isso porque a utilização de indexadores que, além de corrigir a perda do poder aquisitivo da moeda, ainda remuneram o dinheiro afronta preceitos de segurança e estabilidade das relações jurídicas, assim como pode ofender o dever de informação e transparência disposto nos artigos 4º, III e IV, 6º, III, 46, 52 e 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, cumpre desde logo consignar que a jurisprudência costuma afastar a incidência da taxa de CDI como critério de atualização monetária, uma vez que, sendo títulos emitidos pelos bancos como forma de captação ou aplicação de recursos excedentes, representam o custo do dinheiro para as instituições financeiras, no que se aproximam mais de juros propriamente ditos.

Um argumento vencido em contrário à utilização da CDI diz respeito à pretensa configuração de potestatividade, a partir do

artigo 51, X do Código de Defesa do Consumidor, e do artigo 122 do Código Civil, porque em tese as taxas de juros seriam apuradas de forma circunscrita e cartelizada pelas próprias instituições financeiras credoras. Isto é, as taxas seriam divulgadas por associações de instituições financeiras (ANBID – Associação Nacional de Bancos de Investimento ou CETIP – Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos), as quais agiriam em favor dos seus associados e em detrimento dos mutuários, deixando ao arbítrio do credor a estipulação da taxa de juros (SALOMÃO NETO, 2011, p. 193).

Atualmente o próprio Banco Central faz um apanhado dessas informações e divulga os dados em seu sítio eletrônico, fazendo a ressalva de que não se responsabiliza pela correção dos dados apresentados, motivo pelo qual igualmente não se poderia recriar a publicação das taxas médias por outros entes, independente de sua natureza jurídica, tanto mais quando servem de elementos subsidiadores para comparação de eventuais equívocos e distorções.<sup>4</sup>

Portanto, o problema mais grave diz respeito justamente à natureza jurídica da CDI, mais facilmente caracterizável como juros do que como correção monetária. Tanto assim que a cumulação da CDI com a taxa de rentabilidade é tida como indevida, via de regra resultando no afastamento do percentual previsto a título de taxa de rentabilidade (que seriam os juros compensatórios) em detrimento da CDI (que passa, então, a desempenhar esse papel).<sup>5</sup>

Assim, não há condições objetivas de referir-se, com segurança, que a incidência da CDI em conjunto com taxa de rentabilidade não possa ser entendida como “bis in idem”, pela dupla incidência de juros a título de remuneração, nos casos em que não prevista como comissão de permanência, mas mera cláusula de inadimplência ou impontualidade.

Uma forma de mitigar o risco dessa eventual consideração seria a expressa previsão da CDI como juros compensatórios a título de perdas e danos e da taxa de rentabilidade como juros compensatórios a título de lucros cessantes, tudo com fundamento nos artigos 402 a 404 do Código Civil, em cláusula de impontualidade ou inadimplência (nunca de comissão de permanência).

Essa sugestão não está a salvo de questionamento pela possibilidade de consideração de que os juros compensatórios estipulados como perdas e danos cumprem o mesmo papel de indeniza-

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/sfn/infopban/txcred/txjuros/Paginas/Informacoes-gerais.aspx>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

<sup>5</sup> *AgRg no Ag 656884 RS 2005/0019420-7, relator: ministro Barros Monteiro, data de julgamento: 07/02/2006, T4 - QUARTA TURMA, data de publicação: DJ 03/04/2006, p. 353.*

ção de inadimplência que os juros de mora, razão por que haveria igualmente e em tese a incidência de dois encargos sob a mesma justificativa, configurando eventualmente novo “bis in idem”, caso em que o contrato poderia prever apenas um dos encargos referidos (ou juros compensatórios de perdas e danos ou juros de mora, e nunca cumulados sob a égide de “comissão de permanência”).

Tal risco adviria de interpretação dada ao parágrafo único do artigo 404 do Código Civil (grifo nosso): “Provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

Há margem para contra-argumento jurídico no sentido de que o parágrafo único deve ser lido à luz do caput do artigo, segundo o qual “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.

Como exposto, o artigo em comento não refere ou estabelece delimitação da espécie de juros passível de incidência, havendo de admitir-se todos os consectários legais permitidos (moratórios e remuneratórios ou compensatórios). Logo, não haveria base para restringir o âmbito de aplicação da norma.

Na mesma linha de raciocínio, a incidência do parágrafo único em comento dar-se-ia apenas nos casos em que o credor buscasse, em juízo, o arbitramento de uma indenização suplementar, para o que seria necessária a comprovação de que se deixou de receber remuneração de aplicação financeira superior à dos juros de mora, não se confundindo com os casos em que os juros são prévia, expressa e pormenorizadamente pactuados (sobretudo em face dos permissivos legais específicos, consubstanciados nos incisos do § 1º do artigo 28 da Lei nº 10.931/2004).

Nesse caso, teríamos como justificativa para cada um dos encargos os seguintes argumentos:

a) a atualização monetária visa à preservação do valor da moeda contra os efeitos deletérios da inflação;

b) os juros compensatórios de perdas e danos têm caráter indenizatório da inadimplência (o banco tem de buscar no mercado o dinheiro que o mutuário deixou de alcançar, para fazer frente a outros compromissos e obrigações que tem de manter);

c) os juros compensatórios de lucros cessantes visam à preservação da estimativa de ganho, da remuneração pela indisponibilidade do capital alcançado ao mutuário;

d) a multa ou cláusula penal e os juros de mora têm caráter eminentemente punitivo, sancionatório, representam um fator de desestímulo à inadimplência, na medida em que diferenciariam o

bom e o mau pagador, de modo a não igualar comportamentos que são – do ponto de vista valorativo – substancialmente diversos;

e) os tributos, os honorários advocatícios contratuais (extrajudiciais) ou sucumbenciais (judiciais), as custas processuais e demais despesas de cobrança visam à observância da restituição integral, na medida em que são despesas extraordinárias em que o credor não incorreria se o pagamento fosse feito normalmente.

## 2.4 Comissão de permanência

A expressão “comissão de permanência” normalmente vem identificada em cláusulas codenominadas de “impontualidade” e “inadimplência”. A terminologia não é apropriada, pois confunde conceitos econômicos e jurídicos.

O termo “impontualidade” assume o mesmo conceito econômico de “inadimplência”: atraso em compromisso de pagamento; não pagamento de compromisso financeiro até a data de vencimento. Mas o termo “inadimplência” também tem sua acepção jurídica, associada ao descumprimento de um contrato ou qualquer de suas condições. Neste sentido, fala-se em inadimplência (ou inadimplemento) contratual.

Sobre a “comissão de permanência”, pode ser caracterizada como um encargo que incide a partir da caracterização da inadimplência (em qualquer de seus sentidos).

O Superior Tribunal de Justiça fixou sua compreensão acerca da comissão de permanência em termos de condicionada legalidade.<sup>6</sup> Tal interpretação foi corolário de inúmeras dificuldades anteriores de fixação de entendimento, expressamente reconhecidas em precedentes, como quando do julgamento do Recurso Especial 1.061.530-RS, em que restou assentado que a definição da comissão de permanência era das tarefas mais árduas do Direito Bancário.

Para o CCB há disposição específica no artigo 28 da Lei nº 10.931/2004.

Portanto, juridicamente, a inadimplência permite a cobrança dos seguintes encargos: 1) atualização monetária, juros compensatórios/remuneratórios para o período de inadimplência, juros moratórios, multa, custas processuais e honorários advocatícios (judiciais ou extrajudiciais), ou 2) comissão de permanência, custas processuais e honorários advocatícios (judiciais ou extrajudiciais).

<sup>6</sup> Neste sentido, vide *AgRg no AREsp 50.999/SE, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012, e REsp 1063343/RS, rel. ministra Nancy Andrighi, rel. para Acórdão: ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 16/11/2010.*

Tal entendimento restou pacificado pela Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 19 de junho de 2012, *in verbis*: “Súmula 472: A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual”.

## 2.5 Honorários advocatícios

A cobrança de honorários advocatícios pressupõe a existência de cláusula contratual autorizativa e a efetiva realização de serviço (cobrança extrajudicial feita por advogado ou ajuizamento de ação judicial).

A procuração outorgada a advogado serve como meio alternativo de prova da contratação do serviço (para os casos de contratos verbais, não formalizados em instrumento próprio), cujos parâmetros de remuneração serão aqueles percentuais ou valores mínimos estipulados pela Ordem dos Advogados do Brasil nas tabelas de honorários, que são fixadas por cada uma das seccionais, considerando as peculiaridades regionais.

Em relação a terceiros (a quem se repassa o custeio do encargo, na medida em que dão causa à incidência de custo extraordinário), a inexistência de qualquer dos pressupostos enseja o reconhecimento da impropriedade da cobrança e/ou abusividade da cláusula, com repetição de eventual indébito por valor igual ao que se pagou em excesso ou equivalente ao dobro do que se exigiu indevidamente, acrescido de correção monetária e juros legais, ao teor dos artigos 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor e 940 do Código Civil.

Importante referir que não se confundem os honorários contratuais, para o caso de execução extrajudicial, com os honorários de sucumbência, estipulados em juízo. Ambos podem incidir de modo concomitante, uma vez que se trata de trabalhos autônomos, efetuados em momentos distintos.

Os honorários advocatícios judiciais (ou de sucumbência) dispensam expressa previsão contratual, por estarem definidos em lei, de acordo com parâmetros dispostos no artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, os quais impõem a fixação entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Os honorários advocatícios contratuais (extrajudiciais) encontram fundamento legal nos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil

e podem incidir em caso de cobrança extrajudicial efetuada por advogados. Nada impede, entretanto, que se contratem igualmente honorários advocatícios para atuação judicial, independente do resultado da demanda (defesa judicial do cliente, que contrata, suporta o encargo e beneficia-se do trabalho realizado, desatrelado de eventual êxito processual e de custeio pela parte vencida, como ocorre com os honorários de sucumbência).

Assim, em síntese, a intervenção de advogado pode suscitar a incidência de honorários advocatícios contratuais (por atuação extrajudicial, caso em que serão suportados por quem assumir o ônus, ou por atuação judicial, caso em que serão suportados pelo representado, que se beneficia da prestação de serviço diretamente) e de honorários advocatícios de sucumbência (como uma espécie de prêmio a ser suportado pela parte vencida judicialmente).

Em relação a restrições legais para fixação de honorários advocatícios contratuais, é importante lembrar que, ao teor do artigo 28, inciso IV, da Lei nº 10.931/2004, há limite de fixação de honorários advocatícios extrajudiciais nas CCB, no máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor total devido.

De igual modo, vedam-se estipulações contratuais abertas, variáveis a critério exclusivo de uma das partes, declarando-se a nulidade da cláusula pelo reconhecimento de sua potestatividade.

Neste sentido, não se pode prever a incidência de honorários em percentual indefinido, em que pese fixados um mínimo e um máximo, porquanto nesse intervalo o credor teria livre-arbitrio de estipular o montante devido, em atenção ao seu exclusivo interesse.

Satisfeitas tais premissas, será regular a cobrança de honorários advocatícios. Questão paralela que se cogita diz respeito à forma de cobrança. Ao par de valores a serem recolhidos para satisfação dos empréstimos, percebe-se que em alguns locais as custas processuais e honorários advocatícios são apresentados ao devedor como custo aberto e apartado da renegociação.

Quando cobrados a título de mera despesa administrativa, sem previsão contratual, é alta a probabilidade de que a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais seja declarada indevida, assim como qualquer outra rubrica de indenização de custo de cobrança sem amparo contratual (cobrança por telesserviço, empresa terceirizada especializada, despesas postais, despesas cartorárias, despesas com serviços de restrição cadastral etc.), sendo recomendável que tais encargos estejam subsumidos no preço, taxa de juros, entrada ou parcelas que são objeto de acordo, não podendo ser repassados como ônus autônomo e condicionante da renegociação.

Ainda nesse caso será questionável a não incidência de honorários advocatícios, uma vez que sua aplicação decorre de lei, como condição de efetivo e integral ressarcimento dos prejuízos que a parte teve (assim como perdas e danos, atualização monetária, juros, custas e honorários), bastando que a parte faça a demonstração do quanto despendeu no caso em concreto.

Entretanto, se existe previsão contratual em tal sentido, não há possibilidade de legítima alegação de ilegalidade na cobrança, sendo a oportuna e segregada apresentação da rubrica para cobrança questão de melhor ou pior estratégia negocial.

Em caso de contratos consumeristas por adesão, o cuidado deve ser maior em face de um precedente ainda recente (STJ, Recurso Especial nº 1.274.629 - AP (2011/0204599-4), rel. ministra Nancy Andrighi, 16/05/2013). As premissas do julgamento foram as seguintes:

- é abusiva a cláusula contratual que prevê imputação ao devedor em mora de responsabilidade ampla e sem limites pelo pagamento de honorários advocatícios extrajudiciais;

- o artigo 51, XII, do Código de Defesa do Consumidor prevê de forma expressa a nulidade das cláusulas contratuais que "obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito seja conferido ao consumidor" (outra saída seria prever que o encargo configura-se para ambas as partes, mas não recomendamos tal alternativa, em virtude da excessiva protetividade do Judiciário e potenciais danos ao credor);

- os honorários são devidos em caso de efetiva prestação de serviço profissional, não bastando a mera inadimplência, consoante Enunciado 161 do Conselho da Justiça Federal ("Os honorários advocatícios previstos nos arts. 389 e 404 do Código Civil apenas têm cabimento quando ocorre a efetiva atuação profissional do advogado"), não sendo suficientes para tal configuração os atos de mera cobrança por telefone, correspondências físicas ou eletrônicas e outros meios semelhantes (serviços gerais de cobrança administrativa), mas a contratação de advogado estritamente necessária, após tentativas amigáveis frustradas, e a comprovação da efetiva prestação de serviços privativos (questionável, pois a cobrança não é atividade privativa da advocacia nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.906/94, diante do que se faria letra morta dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil, pois nunca seriam aplicáveis).

Via de regra, as tentativas de composição são feitas pelos gestores e a cobrança administrativa é operacionalmente feita pela empresa ou terceiro especialmente contratado. Neste sentido, a intervenção do advogado é feita em última instância, como derradeiro esforço, em situações pontuais em que aparentemente se justifica (pela relevância, pela efetividade, entre outros).



O fato é que não se afasta a necessidade de comprovação da efetiva incidência do encargo, o devedor tem o mesmo dever conexo à boa-fé objetiva de honrar o compromisso e não fazer o credor incidir em custos desnecessários e não se pode dar o mesmo tratamento ao inadimplente e ao tomador que cumpre espontaneamente suas obrigações.

Por certo que a decisão ainda haverá de ser modulada pela análise de casos posteriores, até que se firme como orientação de julgamento. Neste sentido, cumprirá intervir judicialmente, ponderando aspectos aqui ressaltados.

Em todo caso, como medida de compatibilização, a melhor estratégia é o tratamento em cláusula única para honorários extrajudiciais e de sucumbência, de modo que a aplicabilidade dê-se conforme o caso, o que mitigaria a possibilidade de declaração da abusividade em tese e em abstrato.

## 2.6 Multa

A multa contratual admite outras denominações, tais como cláusula penal ou pena convencional. Encontra fundamento nos artigos 408 a 416 do Código Civil.

A cláusula penal é obrigação acessória, pela qual se estipula pena ou multa destinada a estimular o cumprimento da obrigação principal e evitar seu retardamento. Portanto, pode verificar-se a partir da inexecução (total, parcial ou defeituosa) da obrigação principal, de alguma cláusula contratual específica ou simplesmente mediante constituição do devedor em mora (atraso).

Neste sentido, a lei distingue duas espécies de multas de cunho material (existem ainda as de índole processual, de natureza cominatória, denominadas astreintes, destinadas a garantir a efetividade de ordem judicial). São elas: as multas moratórias (de caráter eminentemente punitivo, sancionatório) e as multas compensatórias (de caráter indenizatório e/ou de prevenção de prejuízos, como espécie de prefixação de perdas e danos).

As multas moratórias são uma penalidade imposta a quem não paga tempestivamente o débito, tratando-se de um diferencial em relação àqueles que cumprem suas obrigações no prazo contratual.

As multas compensatórias têm por escopo uma mínima e prévia fixação de eventuais perdas e danos para o caso de descumprimento do contrato. São estipuladas para os casos de inadimplemento total ou parcial da obrigação (hipótese do artigo 410, com limitadores dos artigos 412 e 413 do Código Civil).

Nada obsta, portanto, que se cumulem multas, por fundamentos diversos. Pode-se estabelecer contratualmente uma multa

compensatória e outra multa moratória (para o caso de atraso e/ou cumprimento imperfeito da obrigação).

Nos contratos comerciais, via de regra, estipula-se apenas a multa moratória, e é salutar que assim o seja, pois a indenização decorrente da impontualidade normalmente vem articulada sob a forma de juros (compensatórios, ou “remuneratórios para o período de inadimplência”).

A importância de delimitar o caráter sancionatório, punitivo, da multa (moratória) é impedir discussão quanto à razoabilidade do patamar em que é avençada, com possibilidade de redução em juízo, o que se admite para o caso em que a multa tenha a característica de prefixação das perdas e danos (multa compensatória ou indenizatória).

Isso porque o artigo 411 do Código Civil autoriza o credor a exigir a satisfação da multa estipulada para o caso de mora ou em segurança de cláusula determinada, juntamente com a obrigação principal. Se a pena convencional tem valor reduzido, não há incompatibilidade na cumulação de exigência de multa e cumprimento da obrigação.

Daí a razão pela qual as multas compensatórias normalmente são fixadas em patamares elevados, próximos do valor da obrigação principal (dada, inclusive, a possibilidade de redução em sede de revisão judicial). Entretanto, se o valor da multa é pequeno, infere-se que seja moratória, pois o credor não aceitaria fixar valor reduzido para compensar perdas e danos decorrentes da inexecução do ajuste.

Assim, entende-se que a redução da cláusula penal só será possível quando: a) exceder o valor da obrigação principal (artigo 412 do Código Civil); b) a obrigação principal tiver sido reduzida em parte (artigo 413 do Código Civil, parte inicial); e c) o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio (artigo 413 do Código Civil, parte final). Nesses casos, o juiz deve reduzir o valor da pena convencional, sem declarar sua ineficácia.

A caracterização do que seja “montante manifestamente excessivo, em vista da natureza e da finalidade do negócio”, demandaria análise no caso concreto. Há julgados que referem a legalidade de multas fixadas em patamares não usuais.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> “Contrato. Cláusula penal. 50% do valor do débito. Legalidade. Art. 412 do Código Civil. Redução. Impossibilidade. Recurso improvido” (TJSP, AP. Cível n. 912.702-0/0/Atibaia, 31ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 07.11.2006, v.u., voto n. 7977).

“A estipulação de cláusula penal em 50% do valor do contrato não é ilegal e nem se reveste de abusividade, sendo possível sua estipulação em ajuste como o aqui

Entretanto, há diplomas legais específicos que estabelecem limites para o valor da cláusula penal moratória. Nos contratos bancários a que se aplica o regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a multa fica limitada a 2% do valor da(s) prestação(ões) atrasada(s), por força no disposto no artigo 52, § 1º do referido diploma legal.

Da mesma forma, é de considerar-se o disposto no Decreto nº 22.626/1933, que dispõe sobre juros nos contratos, reprime a usura e dá outras providências. Essa norma foi revigorada pelo Decreto de 29 de novembro de 1991 e estabelece, em seu artigo 9º, não ser válida a cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida.

Tais disposições aplicam-se apenas às hipóteses de multa moratória, nas quais o objetivo é compensar o mero atraso no cumprimento da obrigação. Não se destinam a compensar prejuízos suportados pelo credor.

Do exposto, entende-se oportuna a prefixação padronizada do limite de 2%, a título de multa moratória nos contratos comerciais, por representar montante razoável em face do que se pretende sancionar, sem atrair os inconvenientes de discussão e revisão judicial para menor.

Outra questão a que se deve atentar na produção de minutas de contratos diz com a impossibilidade de cumulação de multa com comissão de permanência, ao teor da Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 19 de junho de 2012, *in verbis*: “Súmula 472: A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual”.

Por fim, não se pode igualmente estipular a multa em caráter unilateral nos negócios jurídicos que obrigam bilateralmente.<sup>8</sup>

---

*tratado. A cláusula penal, salvo hipóteses especiais impostas por normas específicas, porque livremente pactuada e por não extrapolar os limites previstos no artigo 920 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 412 da Lei n. 10406/2002, não se ostenta ilegal, motivo pelo qual se configura legítima sua cobrança nos termos contratados. Não pode o devedor eximir-se de cumprir a pena convencional a pretexto de ser excessiva, só se considerando como tal se ultrapassado o limite legal, relevando salientar que a intervenção do juiz acabaria por inutilizar a estipulação da pena convencional” (TJSP, AP. n. 939.893-0/9, rel. Des. Orlando Pistoresi, j. 25.07.2007).*

<sup>8</sup> “Viola o Código do Consumidor (art. 51, IV, e seus §§ 1º e 2º) o contrato de adesão que prevê cláusula penal pelo seu descumprimento em favor apenas do fornecedor que o redigiu. Essa estipulação é evidentemente iníqua e abusiva, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, além de ser incompatível com a equidade, uma vez que às partes celebrantes de um contrato deve ser dado tratamento igualitário no que respeita aos ônus decorrentes de seu descumprimento” (TJSP, AP. com revisão n. 696366-0/9, rel. des. Amaral Vieira, j. 12.06.2007).

## 2.7 Notificação prévia do devedor

Em muitos contratos existe estipulação de um dever acessório de notificação prévia do devedor para configuração da mora. Tal ocorre, via de regra, nos casos em que a impontualidade pode caracterizar-se a partir do descumprimento de um determinado índice de desempenho e/ou nível de garantia, nos casos em que os valores são vultosos e envolvem contratantes de porte considerável, nos casos em que a configuração de inadimplência não se possa reverter sem ajustes operacionais e financeiramente custosos ou mesmo que determinem medidas mais graves (como a execução do contrato), ou ainda nos casos em que pela arquitetura da operação tal procedimento torna-se aconselhável.

Essa parece ser a situação dos empréstimos consignados. Pode acontecer de o inadimplente não ser o tomador do crédito, mas o órgão conveniente, que deixa de fazer o repasse do valor retido na forma contratada. Nesse caso, a notificação prévia pode evitar tanto o direcionamento da execução contra quem não está em mora quanto uma eventual negativação indevida ou mesmo uma condenação em danos morais.

Uma vez avençada a obrigação de notificação prévia, o procedimento é erigido à condição de requisito de procedibilidade da execução judicial, caso em que sua ausência invariavelmente determina a extinção do processo por falta de interesse de agir (se não cumpre o requisito indispensável à configuração do devedor em mora, não pode executar o crédito que ainda não se tornou plenamente exigível).<sup>9</sup>

Ocorre que o procedimento, a despeito de contratado, nem sempre é implementado pelas áreas responsáveis. Tal defeito de execução operacional conduz ao enfrentamento do problema sob duas ópticas possíveis: o mero ajuste de procedimento, tendente à efetividade de realização da providência, ou a revisão dos contratos, com exclusão da cláusula, nos casos em que decorre da livre vontade das partes contratantes, sem constituir-se em obrigação legal ou decorrente de outra espécie de avença.

Nesta senda, é importante referir que a própria citação válida constitui em mora o devedor, ao teor do artigo 219 do Código de Processo Civil.

De igual modo, para os simples casos de inadimplência (por falta de pagamento ao tempo do vencimento da obrigação), é

<sup>9</sup> *AgRg no Ag 1185026/SP, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 19/10/2010.*

desnecessária a notificação prévia do devedor, uma vez que a mora do devedor se constitui pela inobservância da cláusula que trata do pagamento combinada com a que prevê o vencimento antecipado da dívida ante o descumprimento de qualquer cláusula contratual.

Assim, temos dois casos para ilustração, sendo o primeiro o que segue:

Havendo o desconto da prestação e não ocorrendo o repasse pela CONVENIENTE/EMPREGADOR, o (a) DEVEDOR(A), após devidamente notificado pela CREDORA acerca da ausência de repasse, deverá comprovar, no prazo de 15 (quinze) dias corridos, o desconto referente à prestação mensal do empréstimo não repassada à CREDORA, a fim de evitar que seu nome seja incluído nos cadastros restritivos por esta razão.

A fim de que a ausência de notificação não prejudique a plena exequibilidade do título de crédito, tornando nula a execução nele amparada quando não se tenha procedido a tal notificação, recomenda-se a simples exclusão dos trechos tachados. A necessidade de notificação seria mantida como rotina operacional nos manuais normativos (uma vez que sem ela o devedor não terá condição de saber da ausência de repasse, nem terá termo para contagem do prazo de 15 dias, o qual seria igualmente retirado do contrato e inserido no texto da própria notificação).

Segundo caso:

#### VENCIMENTO ANTECIPADO

É facultado às partes o direito de rescindir a presente Cédula de Crédito Bancário a qualquer tempo, bastando a notificação por escrito, com prazo de antecedência mínima de 15 dias. Será considerada antecipadamente vencida a dívida diante das hipóteses dos artigos 333 e 1425 do Código Civil e nos seguintes casos:

- a) inadimplência, entendida como o não cumprimento de uma ou mais cláusulas desta cédula;
- b) por não ser mais do interesse da CREDITADA;
- c) quando a CREDITADA não mais apresentar as condições exigidas pela CREDORA para a manutenção do(s) CRÉDITO(S) ROTATIVO(S), tais como: falta de capacidade econômica, estado de insolvência, protesto de títulos, restrição cadastral, possuir operação em situação irregular, dentre outros;
- d) quando a CREDITADA deixar de fazer movimentação financeira espontânea por mais de 90 (noventa dias) consecutivos.

Parágrafo Único Primeiro - No(s) caso(s) descrito(s) no caput desta CLÁUSULA, bastará a notificação por escrito com a fixação da data que será operado o vencimento antecipado.

Parágrafo Segundo - Operando o vencimento antecipado, encerrar-se-á o respectivo limite de CRÉDITO ROTATIVO e a CREDITADA e/ou o(s) AVALISTA(S) pagará(ão) em 24 (vinte e quatro) horas o saldo devedor apurado na forma de utilização do limite e de ocorrência de Excesso Sobre Limite, se for o caso, sob pena de incidência dos encargos de inadimplência ficar(em) constituída(os) em mora. Não ocorrendo o pagamento, o débito ora definido se sujeitará à incidência de comissão de permanência e juros de mora, ficando a CREDORA autorizada a promover a execução em caso de não pagamento.

Comenta-se:

1) *Caput*: O vencimento antecipado de dívida (fundamento nos artigos 333 e 1425 do Código Civil) não se confunde com os casos de extinção ou rescisão contratual (distrato, pela vontade de ambos, com fundamento no artigo 472 do Código Civil, ou resilição unilateral, com fundamento no artigo 473 do Código Civil). A resilição unilateral, por força do dispositivo legal citado, sempre se opera por meio de notificação, sendo desnecessária sua estipulação no contrato;

2) Alínea "a": Se a inadimplência é simplesmente entendida como descumprimento de qualquer cláusula contratual, é desnecessária sua conceituação em cláusula que trata especificamente do vencimento antecipado;

3) Alínea "b": A ausência de interesse da creditada pode ser formalizada nos mesmos termos do artigo 473 do Código Civil, carecendo de expressa previsão contratual;

4) Parágrafo Primeiro: O conteúdo da notificação não carece de prévia delimitação contratual;

5) Parágrafo Segundo: A constituição em mora decorre da cláusula de inadimplência ou da inobservância da cláusula que trata do pagamento combinada com a do vencimento antecipado. Assim, é necessário apenas referir a incidência dos encargos decorrentes da impontualidade. Ainda, impossível a cumulação de comissão de permanência com juros de mora. Por fim, não se pode condicionar autorização para execução judicial a todos esses fatos precedentes (necessidade de notificação para constituição em mora combinada com falta de pagamento).

A fim de que não se gere prejuízo de conteúdo, recomenda-se que o texto tachado passe a constituir objeto de cláusula pró-

pria, uma vez que trata de hipótese de denúncia do contrato (no original: caput, alínea “b” e parágrafo primeiro).

## 2.8 Mandato

Em primeiro lugar, é de referir-se a existência de uma distorção conceitual a respeito do que se entende por cláusula-mandato. Segundo se define, cláusula-mandato seria aquela em que “uma das partes nomeia antecipadamente a outra como sua parte representante, outorgando-lhe poderes para realização de determinados negócios em seu próprio favor”, e que seria considerada abusiva quando, ao teor do artigo 51, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, se “imponha representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor” (MIRAGEM, 2008, p. 237-238).

Atualmente, tanto pessoas físicas quanto jurídicas têm elevado grau de relacionamento com as instituições financeiras, inclusive obtendo benefícios conforme o número ou a variedade de produtos financeiros contratados (redução de taxas de juros, descontos em pagamento de prêmios de seguros, isenção de tarifas de manutenção de conta, entre outros).

Pois bem, essa realidade impõe a necessidade de prestação de um serviço próprio da atividade financeira, que é o gerenciamento de recursos mantidos em contas bancárias em face dos diversos compromissos assumidos pelo cliente (neste sentido, podemos citar operações de desconto de títulos e antecipação de recebíveis, combinadas com necessidade de pagamento tempestivo de empréstimos, pagamentos agendados, débito automático, entre outros).

Nesse contexto, verifica-se que a estipulação da cláusula-mandato não atende exclusivamente ao interesse do prestador do serviço. Pode acontecer de o crédito que se busca satisfazer sequer ser de titularidade do mandatário. E, ainda nesse caso, deve-se considerar como legítima a pretensão da instituição financeira em haver o seu crédito se o devedor mantém recursos disponíveis em outras contas de movimentação. Veja-se que a autotutela do direito é situação permitida pelo ordenamento jurídico em vários casos (tal como no desforço imediato, na prerrogativa de estabelecimentos de hospedagem reterem pertences de clientes inadimplentes, entre outros). Isso porque o devedor de boa-fé nunca poderá alegar que não era sua intenção quitar a obrigação no vencimento, incorrendo em encargos de inadimplência (juros moratórios, multa etc.). Sob esse argumento, o maior benefício da credora seria deixar o mutuário incorrer em mora para crescer valores ao seu direito de crédito contra o consumidor.

Em tal contexto, parece-nos que a demonstração da existência de conflito de interesses entre mandante e mandatário<sup>10</sup> e a prova do efetivo prejuízo sejam condições necessárias para a consideração de eventual abusividade da cláusula. A menos que fique provada a má gestão da instituição financeira (por exemplo, quando deixa de debitar a quantia devida do investimento menos rentável ou com menor prazo contratado para remuneração), não se vislumbra motivo qualquer para a declaração de abusividade da cláusula, como situação que mereça antecipado juízo de reprovabilidade.

O que o mais das vezes ocorre é o consumidor sentir-se lesado pela frustração de uma expectativa futura, de aquisição de um bem de valor considerável, da indisponibilidade de poupança para o caso de eventual necessidade ou circunstância congênere. Fato é que a boa-fé não autoriza que transfira à instituição financeira o custo de sua inadimplência por conta de sua desorganização e falta de planejamento financeiro, do que a existência de saldo credor em conta para fazer frente à obrigação assumida é de considerar-se a regra. Não raro e em situação inversa (quando não contratada a cláusula-mandato), ocorre igualmente de o cliente sentir-se lesado por incorrer em débito quando tenha disponibilidades em outras contas mantidas junto à instituição financeira.

Basta referir que o ordenamento jurídico dá melhor tratamento à questão quando regula as relações civis. O artigo 117 do Código Civil chancela a legalidade da cláusula-mandato, referindo a mera anulabilidade do negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo, excetuadas ainda as hipóteses legais ou de *autorização do representado*. Não nos parece que as relações consumeristas, pela mera presunção de desequilíbrio inicial entre as partes, de-

<sup>10</sup> *Vide, a contrário senso, o seguinte julgado com os trechos que destacamos: "PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - NOTA PROMISSÓRIA - CLÁUSULA MANDATO - VIOLAÇÃO AO ART. 51, IV, CDC - SÚMULA 60/STJ - NULIDADE - DESPROVIMENTO. 1 - É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário. Precedentes (REsp 504.036/RS e AgRg Ag 562.705/RS). 2 - Ademais, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Precedente (REsp 511.450/RS). 3 - Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 808.603/RS, rel. ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 04/05/2006, DJ 29/05/2006, p. 264).*



vam merecer solução jurídica diversa (nulidade em vez de anulabilidade).

Ora, a consequência prática da reversão da cláusula-mandato, pelo reconhecimento de pretensa nulidade consumerista ou anulabilidade civil, seria a ineficácia do ato ou negócio jurídico impugnado, ou seja, a invalidade da imputação do pagamento efetuado com recursos mantidos na própria instituição financeira, do que seria corolário lógico a restituição ao *status quo* (de inadimplemento e saldo devedor), com incidência de todos os encargos contratualmente estabelecidos para o caso de mora. Parece-nos evidente que nenhum sensato consumidor deixaria de ratificar o ato ou negócio jurídico realizado pelo representante em circunstâncias tais.

Neste sentido, a jurisprudência reconhece a validade da estipulação contratual de cláusula-mandato (REsp 523154/RS, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 325). E mesmo quando declara a ilegalidade, o faz de forma vacilante, posto que o problema não é atacado em sua verdadeira causa, como no REsp 296453/RS:

Compra e venda de bem imóvel assinada e paga antes do contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mediante garantia hipotecária. Ausência de consentimento dos promitentes compradores. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

1. Considerando o Acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito.

2. *Recurso especial não conhecido.* (REsp 296453/RS, rel. ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 05/06/2001, DJ 03/09/2001, p. 222).

Ora, é evidente que no caso o problema não é a cláusula-mandato, mas a necessidade de proteção do direito do terceiro de boa-fé e repressão à má-fé da construtora, que obteve o duplo financiamento do imóvel (junto ao agente financeiro, com a hipoteca das unidades construídas, e junto ao adquirente, mediante promessa ou compra e venda da unidade). Tanto é assim que, em seu devido tempo, remediou-se a situação por diversa via, qual seja, o reconhecimento da ineficácia da hipoteca firmada entre a

construtora e o agente financeiro, independente de anterioridade ou posterioridade de (promessa de) compra e venda, perante os adquirentes do imóvel (Súmula 308, Segunda Seção, julgado em 30/03/2005, DJ 25/04/2005, p. 384).

Assim, restariam como únicas hipóteses plausíveis para a declaração da abusividade e da consequente nulidade da cláusula-mandato as situações esdrúxulas<sup>11</sup> ou as já sancionadas e reprimidas por pacífico entendimento jurisprudencial, como o da Súmula 60 do STJ, pela qual “é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

## 2.9 Eleição de foro, aplicação de lei estrangeira e idioma de redação do contrato

Tem sido cada vez mais comum em contratos internacionais a estipulação pela parte contratante de cláusulas de eleição: a) de lei estrangeira para interpretação e execução do acordo; b) de regras e de câmaras internacionais de arbitragem para prévia tentativa de resolução de conflitos; e c) de ingresso e manutenção de demandas judiciais em foro estrangeiro.

Assim, fica a instituição financeira nacional sujeita a leis estrangeiras (normalmente do Estado de Nova York, EUA), com expressa declaração de exclusão de conflitos de regras legais que possam determinar a aplicação de outra jurisdição ou de outras leis, como a brasileira, com irrevogável renúncia a alegações de imunidade, soberania e foro especial, e dever de ajuizamento de ações e manutenção de qualquer processo judicial em tribunais norte-americanos.

Tais documentos são escritos e executados no idioma inglês, língua regente para todos os efeitos, sendo as traduções submetidas a análise a título de mera conveniência e, via de regra, em versão não juramentada.

A despeito da inexistência de qualquer óbice legal para estipulação de tais obrigações, tais cláusulas colocam a instituição e o advogado em posição de relativa vulnerabilidade, em virtude do desconhecimento de regras materiais e processuais de direito estrangeiro e da insegurança quanto ao destino da resolução de controvérsia em tais termos fixada.

---

<sup>11</sup> *Cláusula pela qual o consumidor autoriza o banco a aplicar recursos disponíveis no mercado financeiro a seu exclusivo critério, mas em prejuízo do outorgante. Essa hipótese está descrita na alínea “c”, sem indicação de julgado, como exemplo de ilegalidade de cláusula-mandato nos contratos bancários em Miragem (2008, p. 237-238).*

Assim, a legalidade da transação segundo ordenamento jurídico estrangeiro escolhido para reger o contrato é um dado pressuposto, que escapa à análise do advogado, por falta de habilitação para dar consultoria sobre lei estrangeira (excluída a possibilidade de indicação do ordenamento jurídico aplicável, segundo as normas de direito internacional privado). Em tais casos, convém que sejam contratados advogados do país cuja lei foi eleita para reger o contrato, de modo a atestar a legalidade da transação com o ordenamento jurídico lá vigente.

Neste sentido, deve-se fazer o apontamento dos riscos ínsitos a tais escolhas, pois o gestor contratante deve ponderar inclusive a repercussão financeira de vir a ter de suportar oneroso procedimento de arbitragem ou o custo de contratação de escritório de advocacia especializado, com capacidade processual de atuação no foro estrangeiro eleito, para consultoria e devida representação em juízo, e tentar tanto quanto possível – uma vez que pode acontecer de a contraparte contratante ser pessoa jurídica de direito público (externo ou interno) no país de origem – a negociação dos termos do contrato para melhor atender aos interesses recíprocos.

Alguns dispositivos legais são de particular interesse quanto ao tema, como o artigo 9º da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 6.657, de 4 de setembro de 1942), que dispõe que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”, assim entendido o lugar que constar do contrato e em que se proceder à sua assinatura. Outro é o parágrafo segundo do mesmo artigo, pelo qual “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”, aplicável nos casos de contratos celebrados entre ausentes, com assinatura em locais e momentos distintos.

Tais previsões podem servir de base para atração da jurisdição e da lei brasileira, caso o contrato venha a ser assinado no Brasil ou seja a instituição financeira nacional a proponente. Esse fato deve ser sopesado, conforme a intenção seja a aplicação da lei nacional ou, eventualmente, se prefira de fato a submissão à lei estrangeira (neste caso, deve-se pensar na possibilidade de que a assinatura do contrato seja feita no país cuja lei o contrato elege como aplicável e/ou que seja a outra parte contratante a proponente).

Essas questões são importantes na medida em que não existe tratamento jurisprudencial significativo e mesmo consenso doutrinário quanto à cogência ou voluntariedade das regras de definição de regência dos contratos. Há entendimentos pela disponibilidade do direito envolvido e preponderância da autonomia da vontade, com possibilidade de renúncia ou derrogação de normas

em tese aplicáveis, assim como, em sentido contrário, a interpretação de que as normas de direito internacional privado podem determinar a aplicação de normas secundárias relativas ao exercício de direitos, afins às normas processuais e por isso pertencentes ao direito público, que não poderiam ser afastadas por acordo das partes (SALOMÃO NETO, 2011, p. 444).

Fato é que a assinatura do contrato em determinado local pode não ser entendida como determinante da competência e condicionante da legislação, sobretudo por tribunais estrangeiros que aceitem a autonomia privada das partes como critério legítimo de definição. Ainda assim, caso seja necessária a homologação da decisão do tribunal estrangeiro para aplicação no Brasil, podem surgir inconvenientes riscos de negativa de homologação, com base no argumento de que a ordem pública e/ou soberania nacional foram violadas, pelo julgamento da causa ter se dado contrariamente ao que determinam as regras brasileiras de Direito Internacional Privado ou mesmo por ausência de algum requisito formal, como os previstos no artigo 15 da LINDB.

Por fim, cumpre lembrar que, para plena produção de efeitos legais no Brasil, em face do disposto no artigo 224 do Código Civil e no artigo 157 do Código de Processo Civil, os documentos transcritos em idiomas estrangeiros devem se fazer acompanhar da respectiva tradução, condicionante legal de validade jurídica, tanto mais quando se trata de contrato, documento capaz de gerar direitos e obrigações entre as partes, ainda que firmado a título não oneroso.

Essa cautela visa privilegiar a análise sob o ponto de vista estritamente jurídico, sem dar margem a omissão, obscuridade ou contradição decorrentes de termos técnicos ou passíveis de distinta interpretação, evitando que se atraia responsabilidade por ato que não é da estrita competência do órgão consultado e resultado adverso, não previsto e desejado pela parte contratante.

## 2.10 *Legal opinion*

Trata-se de um termo técnico-jurídico derivado dos sistemas jurídicos de *common law* que pode ser traduzido simplesmente por “parecer jurídico”. No sistema norte-americano, surge como uma análise escrita de um juiz ou de um grupo de magistrados, explicando e estabelecendo os fundamentos e os princípios legais para uma decisão. Essas manifestações são publicadas em relatórios de jurisprudência pelo tribunal, na medida em que servem de parâmetros de interpretação da lei (normalmente em situações novas ou de relevante interesse público), podendo ser invocadas

como precedentes para eventual modificação de pronunciamentos judiciais sobre determinada matéria (à semelhança dos nossos enunciados, constituem orientações de julgamento, mas em padrão mais detalhado).

Atualmente, é conceituado como um documento escrito em que um advogado privado ou um procurador estatal ou de órgão do governo provê sua compreensão sobre determinada questão de direito. São matérias comuns os temas afetos a propriedade, seguros, operações societárias, transações comerciais.<sup>12</sup>

Essa prática tornou-se muito comum em operações que envolvem financiamentos de projetos, emissões de bônus e empréstimos internacionais, em que o credor requer um parecer atestando a legalidade da transação, o que normalmente é feito pelo escritório de advocacia que assessorou a operação.

A respeito da estrutura desses pareceres, costumam começar com uma breve síntese da demanda, acompanhada de relação de documentos submetidos para análise. Em seguida, fazem-se as ressalvas, tendentes à exclusão de responsabilidade técnica do profissional que assina o parecer, em função de circunstâncias pressupostas, que não são passíveis de conferência, ou de repercussões futuras, que não se podem de antemão prever. São exemplos, além da já citada legalidade da transação consoante a lei estrangeira escolhida para reger o contrato: a veracidade de fatos considerados, a autenticidade de documentos apresentados, a não violação de cláusulas previstas em outros contratos, a inexistência de contencioso judicial ou administrativo que possa repercutir sobre negócio, entre outros.

No mérito, analisam-se as questões de direito propriamente ditas, sempre segundo o ordenamento jurídico pátrio, as quais soem ser:

1. Capacidade de quem se obriga para tanto (notadamente os casos que envolvem representação de pessoa jurídica);
2. Inexistência de restrição (legal, contratual ou estatutária) para que o interessado contrate a operação;
3. Dimensionamento de riscos não impeditivos eventualmente existentes (restrições cadastrais, apontamento de títulos, demandas judiciais relevantes, possível caracterização de fraude a credores ou à execução);
4. Cumprimento de exigências decorrentes de normas de caráter administrativo, regulatório, registral que importem em autorização ou sejam condição para a realização da operação;

<sup>12</sup> Tradução livre do verbete “*legal opinion*” constante da sétima edição do *Black’s Law Dictionary*, p. 1120.

5. Validade e eficácia da documentação apresentada para produção dos efeitos jurídicos pretendidos com a operação;

6. Questões relativas à prestação de garantias (capacidade de quem presta, inexistência de restrições ao oferecimento do bem, tais como evidências que o qualifiquem como bem de família, que imponham benefício legal de impenhorabilidade ou qualquer outra circunstância que represente risco à sua exequibilidade);

7. Verificação da aplicabilidade do regime fiscal pretendido;

8. Validade das cláusulas previstas no instrumento contratual;

9. Eventuais especificidades do caso concreto, em virtude de características próprias da operação;

10. Recomendações quanto a outras providências legais necessárias (como a necessidade de assinatura do contrato no lugar cuja lei deseja-se que seja aplicável para validade nos tribunais brasileiros);

11. Consideração de outras possibilidades eventualmente vislumbradas (via de regra, fatos ou circunstâncias que possam: a) ocorrer posteriormente à emissão do parecer; b) interferir na operação; e c) resultar em apontamentos convenientes em virtude de um dever de cautela jurídica).

Não devem constar do parecer questões que não estejam sob a responsabilidade direta e sejam concernentes à aptidão técnica do advogado, como cumprimento de condicionantes negociais, verificação de exigências burocráticas de cunho meramente administrativo, declarações afirmativas sobre fatos em geral, entre outras.

Nesse contexto, percebe-se que o dever técnico-profissional de consideração de todas as variáveis jurídicas envolvidas, com dimensionamento adequado de riscos e apontamento de fragilidades da operação, nem sempre é compreendido pelo destinatário da manifestação, que confunde um parecer sem qualquer observação com uma operação confortável e segura. Pelo contrário, o risco envolvido em uma transação será tanto menor quanto melhor pontuados os aspectos técnicos, não cabendo ao advogado que atua preventivamente uma defesa incondicionada da pretensa legalidade da operação, uma vez que pode ser civil e administrativamente responsabilizado em caso de danos decorrentes de falhas em sua atuação consultiva (artigos 147, 186 e 927 do Código Civil).

Alguns inconvenientes dizem com a elevação do custo e do tempo necessário para conclusão da transação, visto que a elaboração da "legal opinion" adiciona-se como uma fase prévia ao procedimento de contratação, com linguagem que – não raro – precisa ser objeto de sucessivos ajustes e envolve labor de advogados remunerados por tempo de trabalho. Entende-se o uso recorrente

do mecanismo no sistema jurídico norte-americano, por questões culturais e sociológicas, dado o alto grau de litigiosidade verificada naquela sociedade, em que o recurso à consulta de advogados é medida largamente utilizada, para os mais diversos atos.

## 2.11 *Covenants* e estipulações especiais

As *covenants* são institutos jurídicos oriundos do sistema anglo-saxão e constituem-se em compromissos (de conduta futura) ou promessas (de fato) em quaisquer contratos formais de dívida, reconhecidos em lei, protegendo os interesses do credor e estabelecendo que determinados atos ou abstenções devem ser respeitados.

Portanto, podem assumir a forma de compromissos restritivos (*restrictive covenants*) e obrigações de proteção (*protective covenants*), ou ainda de obrigações positivas (*positive covenants*), exigências relativas à observância de certas práticas de gestão, consideradas indispensáveis à eficiente administração do tomador, e obrigações negativas (*negative covenants*), limitações à liberdade de gestão dos administradores de devedora, obrigando-os a não praticarem certos atos.

Trata-se, assim, de um sistema de garantia indireta e adicional, na medida em que são compatíveis e acumuláveis com as garantias tradicionalmente previstas no nosso ordenamento jurídico. Representam um conjunto de obrigações contratuais acessórias, positivas ou negativas.

A diferença fundamental está na atenção que se dá à boa administração do negócio e à integridade do patrimônio do devedor, mais além do que o conforto trazido por uma garantia específica, real ou pessoal.

As *covenants* podem ser ajustadas igualmente em relação a quaisquer intervenientes no contrato, de forma a propiciar maior segurança à operação.

Em alguns casos, as *covenants* visam à proteção de bens jurídicos secundários em relação ao negócio jurídico havido entre as partes, como compromissos formais de não violação a normas consumeristas e ambientais, de modo a evitar a constituição de passivos futuros, gerando efeitos positivos (e nem sempre mensurados) no mercado, coletivamente considerado.

No ordenamento jurídico pátrio, consistem em obrigações acessórias, de natureza civil ou comercial, tendo por objeto um fazer ou não fazer, e estão disciplinadas no Código Civil, mais especificamente em seus artigos 247 a 251.

Um aspecto delicado das *covenants* diz respeito à sua efetividade e coercitividade. Em muitos casos, a execução específi-

ca da obrigação, com arrimo nos artigos 632 e 645 do Código de Processo Civil, será custosa e demorada (podendo implicar o sacrifício do projeto financiado), ou insatisfatória em relação ao fim pretendido (casos excepcionais de obrigação fungível, quando determinada a execução por terceiro, ou de conversão em perdas e danos. Ocorre que a maioria das obrigações pactuadas são infungíveis e não interessa ao credor qualquer compensação financeira, mas o cumprimento próprio da obrigação).

A forma de evitar a ineficácia da estipulação contratual é prever expressamente a inobservância da *covenant* como causa de vencimento antecipado do contrato, transformando-a em condição resolutiva. Essa medida é um tanto drástica, pois em alguns casos não será vantajosa e de interesse do credor. Via de regra, o que se faz nesses casos é a previsão de prazos de cura para cumprimento de obrigação, imposição de penalidades mais leves ou aceite de pedidos de excepcionação ao credor que, sem novar a obrigação, faculta ao devedor a adequação às condições contratadas, visando ao implemento do objeto contratual, que é o objetivo maior das partes envolvidas (notadamente em caso de financiamento de projetos).

Em caso de inadimplemento de *covenant*, é comum a estipulação de vencimento antecipado “cruzado” de todos os contratos do devedor (o inadimplemento de um acarreta contratualmente o vencimento dos demais) ou por violação de obrigação por ele devida a outros financiadores (cláusulas chamadas de *cross default*).

Essa característica é fundamental porque, em termos práticos, os efeitos da quebra de contrato normalmente se limitam à obrigação de pagar o empréstimo e seus encargos (excepcionalmente se indenizarão danos emergentes e lucros cessantes). Entretanto, é de referir-se que, em alguns casos, pode haver benefício adicional ao credor em caso de perdas e danos, como quando parcela do fluxo de caixa seja garantida ou *covenants* sejam compromissadas com interveniente que não seja o devedor principal, como um acionista controlador do devedor. Em casos tais, a quebra contratual liberará o credor de restrição ao fluxo de caixa e poderá tornar o terceiro que se obriga por *covenant* responsável pelas perdas e danos.

Ao lado das *covenants*, costumam-se estipular declarações ou afirmações de fatos preexistentes (normalmente registrados em “considerandos”, “condições precedentes”, “declarações solenes”) que influíram na decisão de efetuar o empréstimo e são definidos como norteadores do escopo contratual e do objetivo visado pelas partes, capazes de serem invocados como elementos informativos



de uma cláusula cuja validade venha a ser questionada e que tenha de ser substituída posteriormente, em termos que resguardem a intenção nela consubstanciada.

Essas afirmações são chamadas de *representations and warranties* e são feitas pelo tomador, podendo-se citar como exemplos constituição societária regular, validade e exequibilidade das obrigações decorrentes do empréstimo, inexistência de fatos não conhecidos (como ações judiciais que possam prejudicar o estado de solvência do mutuário), entre outros.

Algumas das hipóteses típicas de *covenants* são a violação de deveres contratuais (“não cumprimento de uma ou mais cláusulas deste contrato”, podendo se referir à inobservância de uma obrigação articulada sob a forma de *covenant*), circunstâncias vinculadas à comprovação da deterioração da situação creditícia do tomador (“falta de capacidade econômica, estado de insolvência, protesto de títulos, restrição cadastral, possuir operação em situação irregular”), ou mesmo situações que objetivamente demonstrem o desinteresse na manutenção da avença (“quando deixar de fazer movimentação financeira espontânea por mais de XX dias consecutivos”), entre outras.

Podemos dividir as *covenants* em cinco grandes grupos: as de conteúdo econômico-financeiro, as de restrição ou limitação de direitos disponíveis ligados a obrigações e garantias, as relativas ao financiamento do projeto, as que dizem com a manutenção da estrutura societária do tomador e, por fim, as que determinam o cumprimento de deveres adicionais.

O exemplo clássico de *covenants* são as chamadas *covenants* financeiras (*financial covenants*), pelas quais o tomador obriga-se a manter determinados índices de desempenho financeiro, relativos ao grau de endividamento da empresa, relação entre ativo e passivo, relação entre passivo e patrimônio líquido, manutenção de capital de giro mínimo (quando acompanhada de um índice de liquidez corrente, protege o credor contra significativa expansão de responsabilidades a curto prazo ou contra possível diminuição do nível de atividade negocial da empresa), tudo dentro de determinados padrões específicos.

É absolutamente recomendável que exista absoluta clareza e referências internas no próprio instrumento contratual ao que se entende por endividamento (em que graus aceita-se ou não), definição dos índices pactuados (não bastando genérica referência a conceitos contábeis ou a menção a expressões tidas por comuns no meio financeiro) e outras peculiaridades, de modo a não prejudicar nem a atividade regular da empresa, nem a compreensão dos termos da avença ante a eventual necessidade de discussão do con-

trato em juízo (já que essas cláusulas costumam ser as mais descumpridas por devedores em dificuldades).

Outra categoria de *covenants* são as que implicam impedimento à contração de novas obrigações (normalmente quando implicam pagamento igual ou superior ao devido ao credor) ou sua limitação (como quando são facultadas mediante a obtenção de prévia e expressa autorização do credor). Outro tipo congênere de *covenants* são as cláusulas chamadas de *negative pledge*, em que se proíbe a constituição de garantias (geralmente reais) pelo tomador em função de outras dívidas (anteriores ou futuras) junto a outros credores (de qualquer natureza). Temos ainda as *covenants "pari passu"*, segundo as quais o empréstimo não se subordina a outras dívidas preferenciais do mutuário.

A finalidade dessas *covenants* é assegurar o grau de risco que o credor aceitou correr quando da aprovação do financiamento e que poderia ser majorado caso o devedor contraísse novas dívidas, oferecesse a outrem ou novamente as mesmas garantias vinculadas à operação ou ainda, por qualquer outro modo, pretendesse subordinar o direito de crédito ou prejudicasse sua exequibilidade.

Há ainda *covenants* específicas ligadas ao projeto, de modo a permitir aos financiadores um grande grau de controle sobre ele, sem mudança sensível dos fluxos financeiros, a menos que haja autorização expressa nesse sentido. São exemplos: a proibição de mudança nos planos físicos do projeto, nos contratos para construção e administração, nos contratos voltados à venda da produção, no cronograma de despesas de capital. Nesse grupo, há ainda as *covenants* pelas quais o financiado obriga-se a manter em bom estado as instalações e os equipamentos necessários para o projeto, bem como a concessão ou outro ato administrativo necessário para a atividade. De igual modo, pode ser citada a *covenant* que obriga à manutenção de seguro sobre os ativos do projeto.

Ainda, há as *covenants* societárias, aquelas que implicam manutenção da estrutura do tomador, tais como não mudar a natureza de seu negócio ou objeto social, não efetuar qualquer forma de alteração societária (incorporação, fusão, cisão), não permitir a alienação direta ou indireta do controle acionário, ou facultar tais hipóteses condicionando-as à prévia e expressa autorização do credor.

Por fim, existem ainda as *covenants* que estabelecem obrigações adicionais, positivas (manter escrituração adequada; ceder cópias das demonstrações financeiras auditadas; informar fatos relevantes e suas prevenções; dar livre acesso à empresa; efetuar pagamento tempestivo geral; manter seguros adequados; respeitar a legislação pertinente) e restritivas ou negativas (não assumir ou

garantir obrigações de terceiros; não permitir privilégios, prioridades, bem como garantias reais ou pessoais que onerem seu ativo; não vender, descontar ou dispor de títulos de crédito; não antecipar pagamentos; limitar empréstimos, investimentos, dividendos, resgate, remuneração de sócios e administradores).

Em caso de consórcio de credores, é comum a eleição de um líder que encabece a operação, fazendo as vezes de agente fiduciário. É comum a estipulação de trava de domicílio bancário de uma conta garantida (*escrow account*) em que se faça a gestão dos recursos captados para liberação em partes à medida do cumprimento das condicionantes contratadas, em que se receba o fluxo de caixa gerado pelo empreendimento e se o destine para pagamento da operação contratada e em que se centralizem e se vinculem quaisquer créditos ou recebíveis que sejam dados em garantia da operação.

## 2.12 Prazo

### 2.12.1 Contrato antedatado

Não se considera o antedatamento de documentos como recurso juridicamente válido e tecnicamente recomendado, em vista dos inúmeros riscos envolvidos, da possibilidade de questionamento ulterior e da dificuldade de delimitação das possíveis implicações legais, que citamos exemplificativamente:

- civis: alegação de simulação (artigo 167 do Código Civil), com possibilidade de reconhecimento da invalidade do negócio jurídico;
  - processuais civis: arguição de falsidade (artigos 370 e 390 a 395 do Código de Processo Civil);
  - penais: estelionato, falsificação de papéis ou documentos públicos ou particulares, falsidade ideológica, uso de documento falso (artigos 171, 293, 297 a 299 e 304 do Código Penal e Súmula 17 do STJ), crimes contra o sistema financeiro (artigos 4º, 6º e 9º da Lei nº 7.492/86), crimes contra a economia popular (artigo 3º, inciso IX da Lei nº 1.521/51) e condescendência criminosa (ou omissão – no dever – de comunicação de crime, prevista no artigo 66 do Decreto-Lei nº 3.688/41 – Lei de Contravenções Penais);
  - processuais penais: incidente de falsidade (artigos 40, 145 a 148, 581, XVIII do Código de Processo Penal);
  - administrativas: improbidade (artigo 10, incisos VI, X, XI, artigo 11, inciso I e artigo 12, incisos II e III da Lei nº 8.429/92), possibilidade de incidir em acobertamento de responsabilidade de terceiros (gestores públicos) e facilitar o uso indevido de verbas públicas;

- **trabalhistas:** justa causa (artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Por outro lado, nos contratos bancários comerciais regulados pelo direito privado, haveria de considerar-se a possibilidade de efetuar a contratação com eficácia retroativa, referindo expressamente a data a partir da qual se consideram os atos regulados pelo instrumento posteriormente assinado.

### **2.12.2 Prorrogação de contrato vencido**

Da mesma forma, é impossível a pretensão de prorrogar contrato que chegou a seu termo, sendo o caso de proceder a nova contratação.

### **2.12.3 Contrato sem prazo determinado**

Outra cautela que se impõe é observar a conveniência ou não na fixação de prazo, uma vez que falta de estipulação específica fará com que o instrumento vigore por tempo indeterminado.

### **2.12.4 Vencimento antecipado**

Afora expressa estipulação de imediata exigibilidade da dívida e vencimento antecipado, o descumprimento de qualquer obrigação não teria o mais das vezes qualquer sanção contratual. É de verificar-se que, em contratos com estrutura complexa, a cláusula de vencimento antecipado acaba revelando-se fundamental e tendo de replicar aquela engenhosidade inerente ao restante instrumento. Daí a importância de prever determinadas situações recorrentes ou que em tese podem mais prejudicar o cumprimento das obrigações, como causa de vencimento antecipado da dívida, tornado-a imediatamente exigível e impondo, tanto quanto possível, a excussão das garantias.

De igual sorte, o vencimento antecipado do contrato com base no descumprimento de obrigação pode revelar-se medida demasiadamente drástica, notadamente nos casos de contratos cujos pagamentos estejam sendo feitos regularmente. Nesses casos, é comum a inclusão, em benefício do credor, de uma autorização unilateral para não exercício temporário da prerrogativa, em caráter absolutamente precário, sem implicar renúncia da faculdade.

## **2.13 Sigilo bancário**

Questão de certo modo recorrente em matéria consultiva diz respeito ao fornecimento de dados em tese protegidos pela garan-

tia do sigilo bancário quando solicitados por entidades com competência de fiscalização e/ou de investigação. O tema é dado à discussão, considerando a existência de poderes requisitórios por parte de alguns órgãos, a exigência de ordem judicial e a necessidade de harmonizar os relevantes interesses tutelados e subjacentes a tais consultas.

A fim de tornar o processo mais eficiente, menos suscetível de questionamento, por imperativo de ordem prática e considerando ainda a natureza disponível do direito em questão, sugere-se que os contratos passem a conter uma cláusula em que o cliente autoriza, de antemão, o fornecimento de dados em tese protegidos pelo dever de sigilo a determinadas entidades de controle. Tais entidades são a Polícia Civil, Polícia Federal, Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, Controladoria-Geral da União e Tribunal de Contas da União, a quem se transfere o dever de sigilo e a responsabilidade pelo manejo adequado da informação em cada caso.

## Conclusão

Iniciamos este estudo com uma caricatura do que seria, grosso modo, o conflito que envolve o crédito bancário e como ele é resolvido na prática. Por certo que o apelo figurativo encerra algumas intuições que se podem legitimamente invocar.

Há algumas tentativas de categorização das causas pelas quais os tribunais decidem de determinada maneira e não de outra. Podemos citar, exemplificativamente, um artigo doutrinário da lavra de Salama (2012), que aponta, em rápida síntese: a) organização política trazida pelo Estado democrático (em que o Poder Judiciário assume relevante e decisivo papel na definição de rumos em questões de interesse da sociedade); b) fatos econômicos, notadamente a variabilidade dos ambientes macroeconômicos e a invariabilidade das altas taxas de juros (vetores de interpretação que interferem na convicção pessoal do julgador; dinamicidade da relação credor – devedor – Judiciário, no sentido de que uma decisão não apenas regula uma relação em concreto como também afeta em abstrato as políticas de concessão de crédito; aumento da litigiosidade sobre o crédito bancário, em função de características de acesso e concessão); e c) renovação da cultura jurídica, substanciada em: c.1) relativização das formas jurídicas (assim entendida como a saída de uma forma de raciocínio exclusivamente silogístico e subsuntivo para outra mais substancial e realista, que atenda a circunstâncias fáticas, finalidades e funções do direito); c.2) neoconstitucionalismo (importância da consideração de prin-

cípios no julgamento de casos concretos); c.3) renovação do direito civil (a em que se reconhece certa função regulatória, com a interpenetração de questões de direito público e de direito privado); e c.4) funcionalização (necessidade de atingir-se fins coletivos específicos, em face do que existe maior abertura à consideração de opções com carga valorativa).

As indagações são interessantes, mas cederam passo, no presente estudo, a aspectos de ordem mais pragmática de conformação. No entanto, não podemos desconhecer que certas peculiaridades determinam maior intervenção judicial e que ela pode e deve ser, tanto quanto possível, evitada.

Assim, deve-se evitar a estratégia de redação contratual maximalista, que tende à proteção pela inclusão de cláusulas em quantidade e teor de duvidosa legalidade (no sentido de que, em caso de parcial afastamento ou redução, sobrar algo a amparar minimamente o credor). Pelo contrário, quanto mais se dispuser e de forma indevida, maior será a chance de que haja insurgência pelo cliente e provimento pelo julgador, até mesmo em aspectos que normalmente não seriam objeto de qualquer discussão.

A despeito de a revisão judicial ser sempre uma possibilidade, ela será tanto menos frequente quanto maior for a conformação técnico-jurídica, de modo que o julgador não disponha de condições para impor uma interpretação prejudicial.

Deste modo, encerramos o presente estudo com a enunciação de algumas premissas para a elaboração de contratos, de modo a evitar riscos desnecessários ou compatibilizar os instrumentos contratuais em questões em que a jurisprudência já está suficientemente sedimentada e, em ponderação de cenário, não se afigura razoável acreditar em significativa mudança de entendimento:

- absoluta clareza e adequação das informações e disposições contratuais;
- limitação dos juros compensatórios aos níveis previstos para os juros remuneratórios (percentuais praticados para o período de inadimplência ficam limitados aos previstos contratualmente para o período de adimplência);
- exclusão da referência aos percentuais indefinidos devidos a título de taxa de rentabilidade;
- expressa referência contratual no sentido da incidência de juros de forma capitalizada e em que periodicidade;
- impossibilidade de utilização da CDI como critério de atualização monetária;
- impossibilidade de cumulação da CDI com a taxa de rentabilidade;

- impossibilidade de cumulação de comissão de permanência com atualização monetária, juros (remuneratórios, compensatórios e moratórios) e/ou multa;
- fixação de honorários advocatícios extrajudiciais nas CCB em 10% (dez por cento) sobre o valor total devido;
- impossibilidade de incidência de honorários em percentual aberto, ainda que fixados um piso mínimo e um teto máximo;
- prefixação do limite padronizado de 2% a título de multa moratória;
- exclusão das cláusulas que imponham dever de notificação da inadimplência.

A adoção dessas cautelas impacta positivamente e em nível de difícil mensuração em rotinas operacionais de diferentes áreas, com sensível redução de riscos de ordem jurídica, que envolvem necessidade de contingenciamento, provisionamento, passivo judicial, entre outros, assim como importa significativa redução de custos e maior eficiência na execução de atividades, com possível equacionamento de demandas existentes e alocação de profissionais em outras áreas de atuação. Fica o desafio. Coragem!

## Referências

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Juros e Spread Bancário.** 2013. *Série Perguntas mais Frequentes*. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/FAQ%201-Juros%20e%20Spread%20Banc%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Relatório de Economia Bancária e Crédito.** 2011. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REBC\\_2011.pdf](http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REBC_2011.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2013.
- Black's Law Dictionary.** West Group: St. Paul, Minn., 1999.
- CALDAS, Pedro Frederico.** As instituições financeiras e a taxa de juros. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 101, p. 76-96, jan.-mar. 1996.
- CORDEIRO, Antonio Menezes.** **Manual de Direito Bancário.** Coimbra: Almedina, 2012.
- FERREIRA, José Coelho; BABILÔNIA, Paulo Álvares; BARBOSA, Theresa Karina de F. G.** A capitalização de juros no nosso sistema jurídico. **Revista Jurídica Virtual.** Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, vol. 2, n. 12, maio de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_12/capit-juros.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_12/capit-juros.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2013.
- FERREIRA, Marcus Vinicius Vita.** Da natureza jurídica da comissão de permanência em contratos bancários: legalidade da cobrança à luz da boa-fé objetiva e os limites estabelecidos pela jurisprudência do STJ. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 14, n. 51, p. 157-164, jan.-mar. 2011.
- MIRAGEM, Bruno.** **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do**

consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da Jurisprudência na Interpretação dos Contratos Bancários no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 15, n. 57, p. 157-170, jul.-set. 2012.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os juros compensatórios no mútuo bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 1, n. 2, p. 63-71, maio-ago. 1998.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Juros no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.