

A CONCESSÃO ABUSIVA DE CRÉDITO E A NECESSÁRIA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL DO CONTRATO EM DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS

ABUSIVE CREDIT CONCESSION AND THE NECESSARY CIVIL-CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE CONTRACT IN DEFENSE OF SOCIAL CONCERNS

Ricardo Augusto Bragiola ¹

Bruno Martinez Guerreiro ²

Resumo

Com foco na hermenêutica constitucional moderna, considerando o patamar social e humanístico do nosso Estado Democrático de Direito, que busca garantir os direitos dos hipossuficientes, com intuito de equilibrar e igualar as partes, priorizando a principiologia civil-constitucionais, o artigo discorrerá sobre importantes aspectos da teoria contratual, almejando expandir a discussão sobre a responsabilidade civil das instituições concessoas de créditos perante terceiros e, ainda, demonstrar a importância da função social dos contratos na busca pela estabilidade do sistema jurídico e socialização dos acordos particulares de vontade.

Palavras-chave: Contrato; Principiologia; Responsabilidade civil; Função social.

Abstract

With a focus on the modern constitutional interpretation, considering the social and humanistic level of our Democratic State of Law, which seeks to guarantee the rights of the underachiever, in order to balance and put the parts on the same level, prioritizing the civil and constitutional principles, the article will discuss important aspects of the contractual theory, aiming to expand the discussion about the civil liability of credit institutions toward third parties and also demonstrate the importance of the social function of the contracts in the search for stability of the legal system and socialization of particular agreements of will.

Keywords: Contract; Principiology; Civil liability; Social function.

I - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem, de forma geral, o objetivo de estabelecer uma discussão sobre a responsabilização das instituições concessoas de crédito perante tomadores e, especialmente, perante terceiros de boa-fé, em decorrência de uma concessão equivocada de crédito, causando àqueles prejuízos de ordem econômica, enfraquecendo a função social do contrato, a boa-fé e seus desdobramentos.

¹Mestre e doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru/SP, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (GVLaw) de Ribeirão Preto/SP. Advogado e professor universitário.

² Graduando do sétimo período de direito do Centro Universitário Unifafibe Bebedouro. E-mail: bruno10.martinez@gmail.com.

Através de uma análise sintética sobre a atual crise econômica brasileira, elucidando pontos importantes e fazendo um paralelo entre a presente instabilidade financeira e a necessária concretização do sistema constitucional de garantia e direitos, a pesquisa demonstrará importantes conexões entre as anomalias econômicas pela qual o país passa e a frequente desestruturação das garantias básicas do sistema negocial e do protecionismo aos hipossuficientes.

Diante disso, debruçar-nos-emos sobre a principiologia norteadora do contrato bancário e as formas de responsabilização das instituições concessoras de crédito, sendo perante tomadores do benefício como perante terceiros que, das consequências do avençado entre concessora e tomadora, serão direta ou indiretamente atingidos. Desta forma, nossa análise passa pela exteriorização da responsabilidade civil das concessoras de crédito, abarcando as hipóteses nas quais a concessora, na concessão de crédito a empresas tomadoras, causem danos a terceiros.

Finalmente, será elencada a função social do contrato, em suas novas acepções, como elemento de socialização e expansão dos negócios jurídicos, além de princípio fundamental na busca pela estabilidade jurídica, de forma a estabelecer relações entre o objeto do contrato com toda a coletividade que dele dependerá, assegurando à esta proteção e segurança jurídica em casos de fraudes.

II - CRISE ECONOMICA BRASILEIRA E A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTRATO

O termo crise esta sendo, ultimamente, utilizado com frequência recorde. A situação econômica do país é discutida frequentemente, em todos os setores e camadas sociais. Isto se dá, precipuamente, pelos acontecimentos que vem acometendo o Brasil nos últimos anos, aumentando as expectativas dos populares em relação à situação financeira do país e como isso terá reflexos em suas vidas particulares.

Para iniciar a discussão acerca do tema do artigo, faz-se necessário o entendimento do termo principal deste capítulo, qual seja, a crise econômica. Uma crise, nada mais é que uma mudança brusca, muitas vezes inesperada, um desregramento importante no desenvolvimento do fluxo comum. Neste sentido, Norberto Bobbio³ ensina que:

³ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Editora UNB, 11ª ed., pag. 305.

Chama-se Crise a um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame.

Desta forma, de uma maneira superficial, crise econômica refere-se a uma desestabilidade sistêmica, na qual uma economia apresenta indicadores negativos, com contração de atividades, níveis de desemprego consideráveis e aumento da taxa de pobreza. A crise pode ser tanto geral, uma crise generalizada, como pontual, a exemplo das crises nos setores individuais da economia de um país, como no setor automobilístico, no setor têxtil, etc.

Atualmente, o Brasil vive uma crise econômica pungente, que vem se desenvolvendo há tempos e que se potencializou em 2014 e 2015 e prolonga-se até hoje. As causas desta crise são muitas, tanto internas como externas, tanto por fatores financeiros, como por fatores políticos.

Para contextualizar a atual crise, é importante fazer uma breve análise do cenário econômico brasileiro da primeira década deste século.

Pois bem. Em 2001, economistas do Goldman Sachs apontaram os países que compunham o bloco econômico BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China, a África do Sul ainda não o integrava), como possíveis economias dominantes em um futuro breve, por estarem em crescente desenvolvimento econômico. Neste contexto, o Brasil possuía as maiores expectativas, pois possuía algumas características que o diferenciava dos demais países emergentes, por ser uma democracia, diferentemente da China, por ser pacífico e não possuir conflitos religiosos ou mesmo vizinhos hostis, diferentemente da Índia, por exportar mais que petróleo e armas, e tratar os investidores externos com respeito, diferentemente da Rússia.

Do final de 1990 até 2012 houve um grande aumento no preço das *commodities* dentro do mercado internacional, impulsionado, principalmente, pela demanda Chinesa. As exportações para o país asiático quadruplicaram em relação às exportações totais entre os anos de 2000 e 2010, com destaque para soja, café, minério de ferro e petróleo. As exportações brasileiras obtiveram o recorde de US\$ 256 bilhões, 14% do Produto Interno Bruto (PIB) do país.

Com esta euforia na economia brasileira, Luiz Inácio Lula da Silva, presidente durante o período 2003-2011, aproveitou-se do momento e estimulou a liberação de crédito pelos bancos públicos para financiar o desenvolvimento nacional, criando milhões de empregos. As relações

diplomáticas com outros países em desenvolvimento foram reforçadas e o Brasil ganhou relevância no cenário internacional.

O modelo econômico adotado na época favoreceu a distribuição de renda e a expansão do consumo. Programas sociais, como “Bolsa Família” e “Minha Casa Minha Vida” foram expandidos e o salário mínimo aumentou 72,31% de 2003 a 2014. Mais de 40 milhões de brasileiros deixaram a extrema pobreza.

Não obstante, em 2008, os Estados Unidos da América enfrentou um grave problema econômico, que veio a se tornar uma crise de proporções internacionais, chegando a ser descrita como a maior crise do sistema capitalista desde a crise de 1929. Surgiu em decorrência da falência do tradicional banco Lehman Brothers, que era considerado o 4º maior banco investidor dos EUA e, em efeito dominó, a quebra de outras grandes instituições financeiras deram-se, no processo que ficou conhecido como “crise dos *subprimes*”. Apesar dos efeitos da crise no Brasil, a economia registrou aumento de 5,1% em 2008, através de medidas financeiras aplicadas pelas instituições públicas, como o Banco Central, e políticas econômicas anticíclicas que reduziram as taxas básicas de juros, cortando impostos e ampliando o gasto público, criando-se um forte incentivo ao consumo.

No entanto, apesar da resistência aos reflexos da crise internacional, os incentivos ao consumo e a forte demanda por produtos não foram acompanhadas pelo crescimento na produtividade interna, desta forma, a indústria brasileira foi a primeira a sentir os impactos da crise de 2008.

A partir de 2011, com a presidente Dilma Rousseff, os efeitos já se tornavam mais intimidadores, pelo que então foram tomadas medidas mais austeras, com uma política fiscal mais ferrenha, elevando as taxas de juros para 12%. Porém, as medidas mostraram-se não eficazes, obrigando a administração a retornar as medidas anticíclicas anteriores. Dentro deste contexto, também houve a desaceleração do crescimento chinês, causando uma regressão no contexto de exportação brasileira, aliado a isso, ainda havia o crescente aumento da dívida externa.

Os gastos excessivos do governo durante o período de bonança trouxeram consequências no momento em que a crise, enfim, atingiu o país. Segundo matéria de janeiro de 2016 do *The Economist*, intitulada “Brazil’s Fall” (A queda do Brasil, em tradução literal), o déficit fiscal saltou de 2% do PIB em 2010, para 10% em 2015, e a taxa de inflação subiu para 10,5%.

Como se não bastasse tal situação de deterioração das contas públicas nacionais, bem como o cenário de crise instalada em grande parte da América Latina, após a reeleição de Dilma Rousseff, surgiram os primeiros resultados da Operação Lava-Jato, realizada pela Polícia Federal, considerada a

maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro da história do país, quiçá mundial. A referida Operação, com o objetivo de trazer à tona os esquemas criminosos formados por políticos, servidores públicos, empresários e “doleiros” que desviaram bilhões de reais dos cofres da Petrobras, que funcionaram por mais de quinze anos, nos quais, grandes empreiteiras pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos em troca de contratos bilionários superfaturados.

A Operação tomou proporções colossais, escancarando figuras do alto escalão da política e grandes empresários. Com isto, o cenário político entrou em colapso, criando-se uma instabilidade nacional, e uma incerteza internacional em relação à reputação e ética brasileira. Consequentemente, houve uma redução drástica da taxa de investimento exterior, acarretando um agravamento da crise econômica nacional.

Mas foi no final de 2015 e início de 2016 que o cenário se agravou ainda mais, com a agência de classificação de risco Moody's rebaixando a nota de crédito do Brasil, sendo a terceira a realizar tal procedimento (Standard and Poor's - S&P e Fitch foram as duas a realizarem o rebaixamento anteriormente), a agência ainda fez uma projeção de crescimento para o PIB brasileiro, na qual, no período 2016-2018, o crescimento não ultrapassaria 0,5%, ou seja, uma média considerada negativa.

Além disto, neste mesmo período foi aceito, pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, o pedido para a instauração do processo de impeachment contra a presidenta Dilma Rousseff. O pedido foi formulado pelos juristas Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal, fundando-se na abertura de crédito suplementar através de seis decretos, não numerados, assinados por Dilma Rousseff em julho e agosto de 2015, que autorizaram o governo a gastar R\$ 2,5 bilhões a mais que o previsto no orçamento e, sobre as manobras fiscais adotadas pela administração para “maquiar” o resultado das contas públicas, atrasando o pagamento de débitos a bancos públicos, conhecidas como “pedaladas fiscais”. Os argumentos apresentados tornaram-se polêmicos, com ampla divergência jurídica sobre sua legitimidade e força probante, o processo se tornou alvo de diversas manifestações anti e pró-impeachment, atingindo todas as camadas sociais do país. Porém, mesmo com a incerteza da legalidade dos fundamentos acerca do crime de responsabilidade, o processo avançou para o Senado Federal, onde foi aceito o afastamento da líder máxima do Poder Executivo pelo prazo de 180 dias.

A crise política, os escândalos de corrupção, os entraves sociais, as políticas financeiras mal sucedidas e os fatores da economia externa, serviram como plano de fundo para o engrandecimento da crise econômica no país. Segundo dados do IBGE, houve uma queda de 0,3% do PIB no primeiro trimestre de 2016 em comparação com o trimestre anterior e, em relação ao primeiro trimestre de 2015,

a queda foi de 5,4%. O consumo, que foi um dos propulsores do avanço da economia na década passada, registrou uma queda de 4% em relação ao PIB, e o setor industrial, queda de 6,2 %, em 2015. Já a taxa de desemprego cresceu para 8,5% em relação à média do ano passado, a maior já medida pela Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios).

Exposto os dados necessários, sem qualquer tendência político-partidária, mas tão somente do exposto pela mídia, faz-se necessário estabelecer a seguinte premissa mínima: Dentro do sistema de produção capitalista, o giro, o investimento e a recuperação de capital são ações essenciais, pelo que desta forma, em momentos de instabilidade econômica, a busca por preservação de patrimônio e por concessões de crédito crescem consideravelmente dentro do sistema empresarial. Paralelamente a isto, com a extrema necessidade por parte das tomadoras do benefício, temos as instituições financeiras, que se valem da situação para realizarem uma concessão de crédito, muitas vezes, fora dos padrões aceitáveis, com certa inobservância a elementos fundamentais, com juros injustos em relação à situação da outra parte no negócio jurídico, o que acarreta consequências à tomadora (tratadas aqui, as empresas como sendo as tomadoras do crédito), e aos terceiros, tais como o(s) empregado(s) da empresa tomadora, ou mesmo credores desta última.

Por este motivo, a análise e a interpretação constitucional do contrato mostra-se de suma importância, essencialmente em momentos de risco econômico, como o que o Brasil esta atravessando, além disto, a responsabilização das instituições financeiras em relação aos terceiros é garantia da efetividade dos princípios basilares do direito contratual, como a boa-fé e a função social do contrato dentro do contexto social, cultura e econômico.

Destarte, tendo em vista a insuficiência econômica e a latente crise financeira federal, a necessidade das instituições financeiras de perpetrarem o circuito econômico e, especialmente, a dependência das tomadoras do crédito adquirido, é precípua a concretização e estabilização do sistema constitucional de direitos e garantias, para assegurar a necessária fluidez econômica, porém, de forma a não prejudicar quem se encontra em situação de fragilidade e hipossuficiência.

Neste sentido, passar-se-á a um breve estudo acerca das garantias e princípios norteadores da teoria contratual moderna, haja vista sua crescente importância no cenário jurídico e econômico brasileiro.

III - A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS

O Código Civil de 1916 não abrangia e nem exaltava a dignidade da pessoa humana e função social do contrato. A ideia era muito mais “ter” do que “ser”. Consequentemente, com a promulgação da atual Carta Magna, em 1988, divergências com relações aos direitos fundamentais começaram a surgir.

Nos termos do Código Civil de 1916, a existência do princípio da *Pacta Sunt Servanda*⁴ era predominante em se tratando de relações particulares. Em contrapartida, já na Constituinte de 1988, eis que consagra os princípios sociais e a igualdade no campo jurídico-contratual, pelo que se criou certa instabilidade normativa e, até mesmo, tornando ineptas as normas instituídas pelo então citado Código Civil.

Com este cenário de divergências, a elaboração de um novo conjunto de normas civis fez-se necessário. Aprovado em 2002, o novo Código Civil apontou a Constituição como órgão central de sua elaboração, assim sendo, diminuiu a abrangência principal da *pacta sunt servanda* e elevou a função social do contrato a um *status* soberano, indicando que, de acordo com seu artigo 421, *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.

O direito constitucional moderno passou a se mostrar mais eficaz nas relações contratuais a partir deste período, incorporando, também, o direito contratual bancário a esta visão constitucionalista de garantia de direitos, assim como todas as outras áreas em que o contrato faz-se necessário, respeitando regras e formas de cunho social e moral, os quais, a Constituição nos exige para a validade de um contrato e para que este cumpra sua função social e não só uma única função econômica.

A função social do contrato passou a se mostrar eficaz no momento em que o Estado iniciou seu distanciamento, mesmo que sutil, do modelo estritamente liberal, e passou a atuar com mais ênfase nas relações particulares, sempre que tais relações produzissem efeitos que se estendessem ao coletivo, indicando a necessidade de serem respeitados, não somente os direitos, mas também a

⁴Tal princípio, na sua concepção clássica, consagra o entendimento de que, uma vez obedecidos os requisitos legais para a existência do contrato, a avença se torna obrigatória entre as partes, que não se podem desligar da relação jurídica senão por outro pacto com esse objetivo” (SANTIAGO, Mariana Ribeiro. O princípio da função social do contrato: princípios contratuais, contrato eletrônico, contrato coletivo, contrato-tipo, direito comparado, boa-fé. Curitiba: Juruá, 2005.)

repercussão que eles terão diante da sociedade e, como método de resolução de conflitos, a Constituição e suas diversas interpretações sociais, deixam clara a prevalência do bem comum.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁵:

A função social do contrato ocorrerá quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (art. 3., CF); da justiça social (art. 170, caput, CF); da livre iniciativa; quando for respeitada a dignidade da pessoa humana (art. 1. CF, III), dentre outros. Por sua vez, haverá desatendimento da função social quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato, etc.

Desta feita, nota-se que a função social do contrato possui relações intrínsecas com demais princípios norteadores do direito contratual e civil como um todo, especialmente com a boa-fé objetiva, uma vez que a função de ambos os institutos é de manter o equilíbrio do sinalagma contratual e combater injustiças e desvios dentro da relação pactuada.

Portanto, não seria diferente com os contratos bancários. Assim sendo, a liberdade das instituições creditícias de contratar e a vinculação obrigatória ao objeto negocial, devem, sobretudo, respeitar a função social do contrato, o objetivo e o equilíbrio entre os contratantes, observando, sempre, a crescente corrente garantista instituída pela Constituição de 1988 e amplamente difundida pelas demais legislações e entendimentos jurisprudenciais.

Esta corrente garantista assegurou direitos e deveres, resguardados pelos princípios civil-constitucionais e, defendidos pela jurisprudência. Tais direitos e garantias contratuais devem ser observadas com afincamento nos momentos de realização e cumprimento das cláusulas contratuais, buscando inibir os abusos que a liberdade total de contratar trazia aos negócios jurídicos.

Nesta mesma acepção, a Constituição Federal elevou os direitos e garantias fundamentais ao *status* de cláusulas pétreas, impedindo, pois, a restrição ou redução destes por meio de emendas a Constituição. Além disto, o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição institui que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, o que reafirma a importância que a Constituinte concedeu a tal matéria. Ainda, há de se ressaltar que o rol estabelecido no Capítulo I do Título II da Constituição brasileira, não é considerado *numerus clausus*, mas sim, mero rol exemplificativo, neste sentido, o parágrafo segundo do artigo 5º aduz: “Os direitos e garantias

⁵ Código Civil Comentado, Ed. RT, 5. Edição, 2007, pág. 477.

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

O meandro civil também assevera a seguridade da igualdade entre as partes dentro de um negócio jurídico, ora, a hipossuficiência deve ser tratada de forma específica pela ciência jurídica, a fim de equiparar as partes mais fracas com as mais fortes, tanto na questão de capital quanto na influência jurídica. Além disto, os contratos bancários, não raramente, se dispõem de juros altamente abusivos, e muitas vezes firmados com clientes que não possuem condição suficiente de arcar com a taxa de juros ou mesmo com os termos de uma possível novação contratual.

A socialização dos meios contratuais abrange, inclusive, a relação entre os contratantes com os terceiros que, mesmo fora do contrato negocial, sofrerão as consequências e os reflexos do negócio, sofrendo com danos patrimoniais, morais e sociais. Portanto, o sistema constitucional de garantias, ao ser aplicado dentro do direito contratual, visa à criação de mecanismos para diminuir as desigualdades entre particulares e as injustiças no acordo privado com reflexos coletivos.

Assim sendo, a busca pela concretização do sistema de direitos e garantias não se concentra somente na relação particular, estabelecida pelos contratantes. Na verdade, o que se busca com isto é a extensão da estabilidade contratual a todos aqueles que do contrato dependem, sendo de forma direta ou indireta.

O intento de extensão dos efeitos das garantias e direitos, aliado a socialização do meio contratual, é, sobretudo, a estabilização do sistema jurídico, voltado especialmente ao cenário econômico.

Portanto, o contrato bancário, com seu fito econômico, deve seguir o formato da estabilização e proteção de terceiros, necessitando, pois, da aplicação das normas atinentes aos demais contratos e, especialmente, a principiologia contratual geral e específica, matéria esta que será tratada no próximo capítulo.

IV - A PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL APLICADA AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Os contratos bancários nada mais são que relações jurídicas bilaterais, realizados para concretizar operações realizadas por bancos ou entes congêneres. Entre as principais características

deste instrumento, destaca-se a adesividade, o sigilo e seu caráter de massa. Através da incessante evolução da ciência jurídica, os contratos bancários sofreram grandes alterações, em grande parte devidas a sua crescente vinculação à principiologia moderna.

Dentro do cenário jurídico atual, o princípio da autonomia da vontade, considerado como supremo no passado, ganha nova roupagem, devendo ter sua aplicação restrita, com ressalvas a seus efeitos normativos, tais como a proteção ao hipossuficiente dentro da relação contratual, a supremacia da ordem pública e a boa-fé objetiva.

Atualmente, o contrato passou a ter uma nova concepção no mundo jurídico, sendo visto de uma forma mais abrangente, tendo por escopo equilibrar as relações jurídicas, a fim de que prevaleça a tão proclamada justiça e bem estar social – um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual. A evolução doutrinária do direito dos contratos já pleiteava uma interpretação teleológica do contrato, um respeito maior pelos interesses sociais envolvidos, pelas expectativas legítimas das partes, especialmente das partes que só tiverem a liberdade de aderir ou não aos termos pré-elaborados (contrato de adesão).

Além da flexibilização do princípio da autonomia da vontade, o princípio da obrigatoriedade de suas cláusulas também foi relativizado, pois, mesmo tendo havido o acordo inicial através da autonomia das partes, os vícios contratuais devem ser alegados sob o viés social da teoria contratual, preservando sempre o mais fraco perante o mais forte, economicamente ou juridicamente. Este fenômeno pode ser entendido como desdobramentos de um princípio moderno do direito contratual, o da justiça contratual, que estabelece impedimentos ao enriquecimento ilícito, sempre com olhar especial para a parte vulnerável da relação jurídica. No caso dos contratos bancários entre instituições bancárias e pessoas físicas, presume-se como vulnerável o último, uma vez que a característica da adesividade desta espécie contratual coloca o sujeito em desvantagem.

O princípio da Boa-fé objetiva está previsto no artigo 422 do Código Civil, que estabelece que tal princípio deve ser observado e respeitado desde a formação do instrumento contratual até o cumprimento da obrigação acordada. Os fundamentos da boa-fé objetiva são a lealdade e a honestidade, além disto, o princípio em voga se desdobra em algumas funções secundárias, dentre elas, ressalta-se o *venire contra factum proprium*, que proíbe qualquer uma das partes de agir em contradição com o que foi assumido anteriormente, visando a proteção da outra parte. Outros

desdobramentos importantes são o *suppressio*, o *surrectio* e o *tu quoque*, que respectivamente significam que um direito não exercido durante determinado lapso temporal deixa de existir e não poderá mais ser cobrada, a prática continuada de certo ato gera nascimento de direitos e, por fim, a proibição de que a uma das partes quebre o contrato e exija da outra o cumprimento de sua obrigação.

Por fim, outro princípio que ganha força após a fortificação do Estado social é o princípio da função social do contrato, que vem expresso no artigo 421 do Código Civil. A função social do contrato tem sua aplicabilidade dividida em duas vertentes, na relação entre os próprios contratantes e no interesse da coletividade nesta relação jurídica firmada por particulares. Este princípio também serve como limitador da autonomia da vontade, uma vez que os interesses particulares não podem prejudicar a coletividade, bem como a ordem econômica.

Os princípios modernos do direito contratual, e mesmo as flexibilizações dos clássicos, especialmente dentro dos contratos bancários, tem por finalidade primeira estabelecer um equilíbrio jurídico entre os contratantes, prezando pela igualdade e proteção à parte vulnerável, assim como preservar os interesses da coletividade dentro dos padrões do Estado social e das tendências socializadoras da ciência jurídica.

Assim sendo, a nova roupagem da teoria contratual, trazida pela evolução principiologica, abre caminho para a flexibilização da abrangência dos efeitos contratuais que, atualmente, ultrapassam a relação entre os particulares contratantes.

Por tal motivo, a responsabilização civil das concessionárias de crédito perante os terceiros aos quais os efeitos do contrato se refletem, é tema de discussões e reinterpretações. Nesta toada, a responsabilidade da instituição que conceder créditos de maneira questionável à tomadora, não se restringirá a apenas aos danos causados a esta, mas também aos danos causados a terceiros, sendo trabalhadores ou mesmo credores da tomadora, que sejam atingidos pela inobservância da concessionária no ato da transação de crédito.

Passemos, pois, a analisar a responsabilidade civil das instituições bancárias perante tomadora e terceiros, pela má concessão de crédito.

V - A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS PELA MÁ CONCESSÃO DE CRÉDITO

Perante o cenário de crise econômica, com relevante influência na macro e microeconomia brasileira e nas movimentações financeiras, a concessão de crédito fornecida por instituições bancárias às empresas, eleva-se consideravelmente e, por conseguinte, a inobservância dos critérios jurídico-administrativos necessários para o financiamento destes créditos torna-se algo cada vez mais recorrente. Para a análise acerca da responsabilidade civil da instituição bancária perante estes casos de inobservância, é precípua a conceituação de concessão abusiva de crédito.

A caracterização de uma concessão de crédito imprudente é de difícil pontuação, tanto pela escassa jurisprudência brasileira sobre o assunto como pelas diversas realidades dos tomadores de crédito, o que dificulta a estabilização de um critério único e imutável. Não obstante, a atividade bancária não se movimenta através de intuições, mas sim pela técnica e lógica econômica que lhe são garantidas através do grande amparo que recebem do mercado capitalista, portanto, antes de qualquer concessão de crédito, o banco deve analisar, através das ferramentas necessárias, a situação do financiado, isto é, através de uma análise dos fatores internos e externos, acerca do capital social, das políticas econômicas, da possibilidade da tomadora arcar com os juros e do cenário financeiro externo, a financiadora deverá considerar a condição e as probabilidades que a empresa possui de se tornar uma beneficiada da concessão de crédito. Aliando a inobservância destes critérios básicos com o consequente dano ao financiado e seus credores, seja os anteriores a tomada do crédito ou os posteriores, fica caracterizada a quebra da *boa fé objetiva* e, em consequência, individualizada uma concessão imprudente de crédito.

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187 do Código Civil, *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

Ressalte-se que o liame entre o lícito e o ilícito nestes casos ainda é demasiado complexo, portanto, o exame acerca da imprudência da concessão, altera-se de acordo com os casos e situações. A análise deverá ser efetuada de forma rigorosa e criteriosa, pois, a responsabilidade da instituição financiadora também pode surgir em determinados casos, pelo indeferimento da concessão quando o

procedimento se fazia necessário e possível, causando uma interrupção injustificada ou brutal da linha de crédito.

O Código Civil de 2002 estabelece duas formas de responsabilidade civil, a responsabilidade subjetiva e a objetiva. Na primeira, defendida pela teoria clássica, a responsabilização civil pode ser aplicada através da comprovação da culpa do agente e, somente por meio desta comprovação, é que nasce a obrigação de reparação do dano. Já na responsabilidade civil objetiva, faz-se necessária apenas a identificação do dano e do nexos causal entre aquele e a atividade de risco, ou seja, quando existe uma atividade de risco e, em decorrência dela, surge um dano à terceiro, então surge a obrigação de reparação.

Ao tratar da responsabilidade civil das instituições bancárias, a doutrina majoritária posiciona-se pela vertente objetiva, tratando o elemento subjetivo culpa como irrelevante. Isto, pois, baseiam-se na teoria do risco, que aduz a responsabilização pelos danos, pelo ente que exerce atividade criadora de risco especial, estabelecendo dois critérios fundamentais para a caracterização da responsabilidade civil, quais sejam, a existência de uma atividade que gere um risco e, conseqüentemente, um dano sobrevivendo desta. Diante disto, o Código Civil estabelece em seu artigo 927, parágrafo único, a seguinte regra: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

Portanto, a atividade exercida pelas instituições financeiras, apesar de cruciais para o fortalecimento do sistema econômico, proporcionam um grande risco de dano, tanto para quem se relaciona diretamente com ela como para a sociedade em geral, o que não significa que o risco se consume em todos os casos. Porém, quando restam danos advindos desta atividade, a responsabilização é, por certo, a objetiva.

Através deste moderno entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilidade objetiva das instituições bancárias, torna-se possível a responsabilização destas financiadoras de crédito pela concessão imprudente perante terceiros, que não mantem vínculo contratual direto com aquelas, porém, são afetados indiretamente pelo exercício da atividade de risco. É por meio da responsabilidade civil objetiva, que as conessoras imprudentes respondem, mesmo quando estas se cercam de ferramentas jurídicas dentro do contrato negocial com a tomadora, ante os terceiros credores.

Pois bem. A ciência jurídica busca, constantemente, a paridade com a sociedade, com os avanços sociais e com a realidade contemporânea, de forma a absorver as atuais necessidades e avanços, posto que a coletividade vive em constante fluxo. Diante da velocidade e da multiplicidade de novas situações, o direito brasileiro utiliza-se, além da lei positivada, a interpretação jurídica, para frustrar a defasagem da norma em relação à realidade material. Em especial, a responsabilidade civil das instituições financeiras perante terceiros, embora muito considerada em países europeus, ainda é tema pouco discutido no Brasil, no entanto, diante destes casos, a norma omissa deve ser analogicamente complementada, acima de tudo, com observância a hermenêutica civil-constitucional.

Depois de argumentada a responsabilidade civil das instituições bancárias como sendo a objetiva, torna-se importante identificar os terceiros que podem ser afetados com a má concessão de crédito. Desta forma, identificam-se os terceiros credores da tomadora de crédito, que podem ser classificados em dois grupos: os credores anteriores à concessão e os credores posteriores à concessão abusiva.

Os credores posteriores à concessão de crédito tem a prerrogativa de serem restituídos pela instituição financeira justamente pelo fato de, com a aparente solvibilidade da empresa devedora criada pela concessão imprudente, terem firmado relações financeiras com estas e, por este motivo, foram prejudicados economicamente, o que não aconteceria se não houvesse a concessão de crédito, pois, através do vínculo negocial entre a empresa devedora e a financiadora, surge uma falsa imagem de saúde financeira por parte da tomadora do crédito, induzindo a terceiro credor ao erro. Neste caso, entre a atividade de risco do banco e o dano sofrido pelo terceiro, existe um liame subjetivo, um nexo causal evidente, portanto, dispensável se torna a prova de culpa.

No segundo plano, surge a figura do credor anterior à concessão creditícia. Este caso mostra-se um tanto mais delicado, pois o dano sofrido por ele advirá pela redução da garantia patrimonial, ou seja, através do crédito recebido de forma indevida, a empresa, que anterior ao financiamento já não possuía passivo relevante, continua a atuar no mercado econômico, firmando vínculos com novos credores, colocando em risco o crédito que deveria ser direcionado aos primeiros credores, que receberão menos do que receberiam caso a empresa tivesse saído do mercado antes da concessão de crédito ou mesmo, nada receberão. Nestes casos, imprescindível torna-se a prova do nexo causal, fato este que deverá ser comprovado pelo terceiro credor. Desta maneira, caso fique comprovado que, antes da concessão do crédito, a empresa já não possuía capital suficiente para cumprir suas obrigações perante os credores, o nexo causal configura-se prejudicado, isto é, para que haja a responsabilização da instituição financeira, deve ficar comprovada a possibilidade da empresa tomadora de adimplir com as obrigações econômicas a época da concessão.

Comprovado o dano e o nexo causal, a obrigação de ressarcimento se impõe e, através da comparação entre o patrimônio do terceiro credor antes da concessão com o patrimônio após a movimentação financeira, chega-se a quantia que deverá ser ressarcida pelo banco, isto no meandro patrimonial. Já em relação ao dano moral, a situação torna-se mais densa e subjetiva, podendo caracterizar, a depender do fato, responsabilidades não patrimoniais. Nos casos em que a concessão abusiva de crédito concorrer ao dano com outro evento, estranho a relação financiadora-tomadora, a instituição responderá aos danos referentes, apenas, comprovadamente causados pela má concessão creditícia.

Portanto, importante se torna a análise do fato gerador, o que implicará que a concessão de crédito, realizada de forma abusiva, foi a causadora do dano, seja patrimonial ou moral. Nesta toada, os elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade objetiva são o fato gerador e o dano, além do nexo de causalidade que une ambos.

Por fim, a intenção da responsabilização das instituições perante terceiros, nada mais é do que a exteriorização do princípio da função social do contrato, essencialmente de sua função socializadora e pacificadora de conflitos e instabilidades jurídicas. Assim, para melhor entendimento da função social dos negócios jurídicos dentro do sistema moderno, o próximo capítulo se proporá a discorrer sobre o tema.

VI - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: A SOCIALIZAÇÃO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL

As transformações sociais, suscitadas com o pós-guerra, estimularam grandes transformações nos sistemas jurídicos e políticos de todo o mundo, incentivando um novo modelo de Estado, mais interventor, uma transição de um Estado mínimo, ou mais liberal, a um Estado Social. Com isto, as liberdades individuais deixaram de ser incondicionadas e passaram a serem guiadas pelos interesses sociais. Neste sentido, preleciona Sahid Maluf⁶:

Sobre os escombros das doutrinas liberalistas estruturaram-se as doutrinas do direito social. Os direitos individuais passaram a subordinar-se aos direitos da sociedade, até onde fosse necessário para o restabelecimento do equilíbrio social, sob a supervisão do Estado que se tornara intervencionista. Admitiu assim, em princípio, a antítese de Stuart Mill: a liberdade consiste em se poder fazer ou deixar de fazer tudo o que, praticado ou deixado de ser praticado, não desagregue a sociedade nem lhe impeça os movimentos.

⁶ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307

Os reflexos destas mudanças no pensamento social surgiram no Brasil através da Constituição de 1988, a qual nasceu após um logo período de autoritarismo e insegurança política e, posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002, tornou clara a intenção de pluralizar as relações contratuais, dinamizar seus efeitos e buscar uma melhor aplicação dos princípios constitucionais aos contratos celebrados dentro do sistema jurídico brasileiro.

Anterior à promulgação do Código Civil em 2002, a função social do contrato era manejada através da jurisprudência, no entanto, sem resguardo em texto jurídico positivado. Com o advindo do novo Código Civil, a função social foi, enfim, materializada em seu texto, através do artigo 421, dispondo, como dito alhures, que “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Assim, evidente a importância da preservação dos interesses coletivos perante os acordos privados e a crescente onda garantista protecionista do novo modelo Estatal dentro do ideal democrático e reformador. Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁷:

O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os indivíduos, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana. Com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contrastes com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua.

A função social do contrato chega para reafirmar a importância do instrumento contratual dentro de uma sociedade democrática e regida por um sistema de direitos e garantias fundamentais, com a predominância da dignidade da pessoa humana, portanto, institui a coletividade e o desejo social como parâmetro para as tratativas entre particulares, de forma a submeter os interesses individuais e, por vezes, o egoísmo, ao bem da coletividade. O Estado Social apresenta uma preponderância do princípio da função social do contrato perante a autonomia da vontade.

O absolutismo da máxima *Pacta sunt servanda* abriu espaço para um novo método de resolução das lides contratuais, ou seja, com a nova percepção do ordenamento jurídico perante a socialização dos contratos, a força normativa do pacto entre os contratantes foi relaxada, criando-se a *clausula rebus sic stantibus*, representante da Teoria da Imprevisão, que estabelece critérios para a

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume três: contratos e atos unilaterais. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

reestruturação das cláusulas contratuais em casos de circunstâncias imprevistas, buscando reestabelecer a ordem contratual a paridade entre os contratantes e a socialidade contratual.

No que diz respeito à socialidade, ensina Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVE, 2012, p.34) que “reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.” Por tal entendimento, é evidente a nova interpretação almejada por esse princípio para o seio do direito obrigacional, limitando os valores individuais em interesse da coletividade, sem desfigurar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, a nova sistemática contratual prioriza pela funcionalidade e equidade dos negócios jurídicos, afastando as amarras da *Pacta sunt servanda* e oferecendo aos contratantes maior flexibilidade de ajustes e alteração de cláusulas, visando um melhor aproveitamento do pacto e uma melhor utilização do objeto contratual.

Por fim, a função social do contrato, além de suas antigas funções, dentro da nova hermenêutica civil-constitucional, abarca novas possibilidades e horizontes, haja vista seu teor socializador e estabilizador, gerando maior segurança e humanismo as partes e aos terceiros que são atingidos pelo exercício do objeto particular.

VII - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, foi abordado o tema da responsabilidade civil das instituições bancárias pela má concessão de crédito e, ainda, a relação entre a expansão da função social dos contratos, flexibilizando a cláusula da *Pacta Sunt Servanda*, e a socialização dos instrumentos contratuais, visando o fortalecimento da estabilidade jurídica.

Iniciou-se a pesquisa com uma breve narrativa da atual crise político-financeira pela qual passa o Brasil, buscando pautar, de maneira apartidária, os principais pontos que influenciariam na construção dos temas aqui tratados. Ainda, foi abordado histórico da concretização dos direitos e garantias constitucionais dentro da teoria dos contratos, juntamente com a principiologia contratual, especialmente dos contratos bancários.

Essencialmente, o ponto principal do artigo foi o trato da responsabilidade civil, que, com o decorrer da pesquisa, quando se tratado das instituições conessoras de crédito, será objetiva, ou seja, não dependerá da caracterização de elemento subjetivo (dolo ou culpa), mas, tão somente, a existência do nexo de causalidade entre a má concessão de crédito (fato gerador) com o resultado

danoso. Isto se deve à natureza da atividade exercida pelas concessionárias, o que as tornam objetivamente responsáveis pela assunção do risco.

Ademais, vislumbrou-se que esta responsabilidade objetiva se estenderá a tomadora do crédito e aos terceiros que sofreram danos pela concessão creditícia, tais como credores da tomadora, funcionários, etc.

Por fim, foi suscitada a necessidade da função social dos contratos, especialmente em momentos de crise financeira, nos quais as concessões de crédito saem do controle e tomam rumos abusivos. Na intenção de evitar danos e abusos, a função social eleva-se a princípio máximo dentro da teoria contratual, estimulada pela nova hermenêutica civil-constitucional, o que traz a tona a característica equitativa e socializadora da função social dos negócios jurídicos.

Sendo assim, como restou demonstrado pela pesquisa, a hermenêutica civil-constitucional moderna, busca, cada vez mais, ampliar o alcance da função social do contrato e, acima de tudo, garantir a paridade entre os contratantes e o respeito perante os indiretamente atingidos pelos efeitos do pacto particular, trazendo, desta forma, a devida socialização ao instrumento negocial.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Wilson Rodrigues. A Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários. 3. ed. Campinas: Servanda, 2005.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do banco por concessão abusiva de crédito. Contratos Bancários, São Paulo, p. 430-458, 2006.

BOBBIO, NORBERTO. Dicionário de política, 11ª ed., pag. 305

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. III: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. Ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral das obrigações. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.2.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.