

A (I)LICITUDE DA CLÁUSULA DE TRAVA BANCÁRIA NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO¹

Antônio Carlos Efig

Doutor em direito das relações sociais pela PUCSP. Professor titular do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogado inscrito na OAB/PR sob o n.º 16.870. E-mail: ace@eradv.com.br

Guilherme Misugi

Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Pós graduando em Master of Law, LLM em Direito Empresarial pelo Instituto Getúlio Vargas. Advogado inscrito na OAB/PR sob o n.º 63.608. E-mail: gmi@eradv.com.br.

Leonardo Gureck Neto

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós graduan-

1 Artigo publicado na Revista Direito Empresarial (Curitiba), v. 9, p. 1, 2014.

do em Master of Law, LLM em Direito Empresarial pelo Instituto Getúlio Vargas. Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 50.519. E-mail: lgn@eradv.com.br.

Resumo: Trata o presente estudo da análise jurídica da cláusula denominada trava bancária, mormente sob uma ótica constitucional, consumerista e empresarial, partindo-se de uma compreensão crítica de sua natureza jurídica e sua necessária adequação aos princípios constitucionais que têm norteado o direito privado, como por exemplo, a função social da empresa e a manutenção de suas atividades. Ainda que esta cláusula contratual seja amplamente difundida nos contratos de financiamento, deve-se buscar sua harmonização com referidos valores a fim de que se possibilite a adequação ao princípio da menor onerosidade à atividade empresarial. Neste sentido, analisa-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e sua efetiva tutela aos vulneráveis no mercado de consumo, ainda que para as pessoas, físicas ou jurídicas, que têm sido compulsoriamente vinculadas a esta modalidade de garantia contratual comumente utilizada nos contratos de financiamento. Esta pesquisa ganha relevância ao se visualizar o acréscimo vertiginoso nas compras realizadas por meio de cartões de créditos, representando grande parcela do faturamento das empresas, e sua conseqüente vinculação à trava bancária. Tornando-se imprescindível sua releitura pautada na boa-fé objetiva e função social do contrato e da

empresa para que referido instituto não se configure prática ilícita ou abusiva, de modo que sua interpretação nos casos de recuperação empresarial demonstram toda sua complexidade e possível prejudicialidade à atividade empresarial.

Palavras-chave: Atividade empresarial; Cláusula de Trava Bancária; Contratos de financiamento; Direito do Consumidor; Função social do contrato.

1. Introdução

Inicialmente tratar-se-á da forma como tem sido utilizada a cláusula de trava bancária, que consiste na constituição da garantia que permite a apropriação pela instituição financeira de recebíveis futuros oriundos de créditos obtidos pelas empresas consumidoras (tomadoras de crédito), e que serve como garantia das operações financeiras realizadas.

Em que pese eventuais benefícios mercadológicos resultantes da segurança existente no momento em que há a concessão de créditos, sob uma perspectiva jurídica, será demonstrada a possível ilicitude por abusividade de tal prática pela inobservância dos princípios da função social do contrato e da preservação da empresa, já que as instituições financeiras que detêm tais garantias, em caso de pedido de recuperação judicial por determinada pessoa jurídica, podem continuar realizando a apropriação dos recebíveis futuros em decorrência de autorização legal.

Ocorre que, em função da vulnerabilidade das pessoas jurídicas consumidoras de serviços bancários, a inobservância aos deveres anexos da boa-fé, com evidente falta de informação clara e ostensiva sobre as consequências da celebração de contratos com tal garantia, referido instituto repercute em desequilíbrio também na Lei de Recuperação de Empresas e coloca a instituição financeira em um patamar de preferência no recebimento de valores que podem inviabilizar a própria atividade das empresas que atravessam períodos de dificuldade financeira.

Com isto, o objetivo do presente estudo é demonstrar a necessidade de que os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor sejam aplicados às relações havidas entre as pessoas jurídicas e as instituições financeiras com a função de reapreciar a possível abusividade da utilização da chamada trava de domicílio bancária, de modo a atender aos princípios e ideais constitucionais, consumeristas e da Lei de Recuperação de Empresas.

2. A utilização da cláusula de trava bancária pelas instituições financeiras

A presente análise da concessão de crédito e suas repercussões judiciais, mormente a utilização da trava bancária, insere-se em um contexto sociológico no qual o núcleo da sociedade transfere-se de seu caráter produtivo para uma finalidade estritamente consumista, que desvirtuou o consumo trivial inerente à natureza humana ao ponto de fazer

com que as pessoas gastem a maior parte de seu tempo e esforços na tentativa de ampliar os prazeres do consumo.²

De acordo com os ensinamentos do antropólogo Latouche, um dos três pilares da sociedade de consumo atual³, em conjunto com a obsolescência programada e a publicidade, a concessão de crédito é amplamente utilizada em todos os segmentos da economia e visada por consumidores de diversas classes sociais na expectativa de catalisar momentaneamente o poder de compra e/ou investimento.

Acrescente-se que há autores, como o Bauman, que elevam o crédito como instrumento principal do Estado capitalista e essencial à manutenção da economia posto que, *“na fase líquida da modernidade, o Estado é ‘capitalista’ quando garante a disponibilidade contínua de crédito e a habilitação contínua dos consumidores para obtê-lo”*.⁴

Diante desta relevância, as instituições financeiras, com auxílio do próprio Estado, têm utilizado de taxas de juros, índices de remuneração e mecanismos contratuais que asseguram, não somente a garantia econômico-financeira das operações na qual concedem crédito, mas também um meio de obter alta rentabilidade nesta disponibilização aos consumidores.

2 BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. 2 ed. trad. MEDEIROS, Carlos Alberto. 2001. p. 108.

3 LATOUCHE, Serge. **Farewell to Growth**. Cambridge: Polity Press, 2009. p. 17.

4 BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citali Rovirosa-Madrazo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 37.

Conforme leciona Fábio Ulhôa Coelho⁵, os advogados cariocas José Luiz Bulhões e George Siqueira inspiraram-se no instituto *trust receipt* de origem anglo-saxão e propuseram a utilização da alienação fiduciária em garantia na discussão da reforma de mercado de capitais. Ao ser atendida referida proposta, houve a positivação do primeiro dispositivo legal que trata da propriedade fiduciária como instrumento de garantia de crédito, qual seja, o art. 66 da Lei nº 4.728/65.

Este instituto tornou-se condição cotidiana nos contratos de concessão de crédito, pois aumenta significativamente a segurança jurídica nessas operações, já que a propriedade de determinado bem permanece com o credor, o qual se torna titular de propriedade resolúvel e possuidor indireto, enquanto o devedor constitui-se como possuidor direto e depositário. O adimplemento da obrigação pactuada entre as partes a situação retorna ao estado anterior.

Diante de sua origem mercantil, diversas foram as dúvidas suscitadas, no transcurso do tempo, acerca de sua aplicabilidade para aquisição de bens de consumo duráveis assim como sua extensão a bens móveis ou imóveis.

5 COELHO, Fábio Ulhoa. **Cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente, A / 2010** A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.6, nº 33, p. 21-34, ago./set. 2010.

Questionamentos estes que se dirimiram com o posicionamento jurisprudencial, doutrinário e atuação legislativa nos anos subsequentes, como a regulamentação do sistema financeiro imobiliário (SFI), por meio da Lei nº 9514/97 que positivou a alienação fiduciária de bens imóveis em seu art. 22. Concluiu-se por sua aplicabilidade também no financiamento ao consumidor para aquisição de bens de consumo, sejam eles móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis.

Em que pese o Código Civil de 2002 fazer menção à propriedade fiduciária em seu art. 1.361, restaram alguns pontos obscuros acerca do tema. Adicionalmente a Lei 10.931/04 editou o art. 66-B da Lei 4.728/65 que viabiliza a cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios, objeto do presente estudo, cujo conceito é precisamente exposto por Fábio Ulhôa Coelho:

A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios é negócio jurídico que visa a constituição de direito real em garantia consistente na titularidade fiduciária de créditos (documentados ou não em títulos de crédito) cedidos pelo autor da garantia. As origens do instituto encontram-se no contrato de alienação fiduciária em garantia, que tem igual objetivo.⁶

6 COELHO, Fábio Ulhoa. **Cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente**, A / 2010 A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.6, n.33 , p. 21-34, ago./set. 2010. p. 21.

Esta prática da utilização da denominada trava bancária tem sido amplamente utilizada pelas instituições financeiras nas concessões de crédito aos empreendedores. Operação na qual o empreendedor cede à instituição financeira seus direitos de crédito perante terceiros em garantia à satisfação do crédito tomado. Conforme expôs a jurisprudência:

A chamada “trava bancária” ocorre quando o empresário ou sociedade empresária toma um empréstimo junto à instituição financeira, porém, ao invés de haver uma garantia real, o banco torna-se o titular de futuros lucros “recebíveis”.⁷

Em outras palavras, a trava bancária constitui garantia fiduciária à concessão de crédito oferecida pelas instituições financeiras mediante a direta e integral “trava”, ou apropriação, dos recebíveis do cessionário provenientes de pagamentos feitos por cartão de crédito e/ou débito.

Apesar de a alienação fiduciária de direitos creditórios tratar-se de prática lícita, conforme regulamentação exposta, deve-se analisar sua aplicação compulsória e eventualmente divergente de princípios constitucionais e consumeristas em contratos manifestamente desequilibrados, que podem trazer sérias consequências para aqueles que utilizam do crédito oferecido pelo sistema bancário.

7 SANTA CATARINA. Vara Cível de Itajaí. Ação de revisão de contrato nº 033.13.010263-9, Juíza Vera Regina Bedin. p. 1012 Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina, 08-08-2013. Por opção dos autores, o nome da parte litigante omitido em razão da privacidade.

Para ilustrar a forma como tem se dado a utilização contratual do referido instrumento, colaciona-se cláusula que foi objeto de ação revisional com pedido de tutela antecipada, no qual se pretendia a liberação desta trava bancária, em trâmite na 1ª Vara Cível da comarca de Itajaí/SC sob o nº 033.13.010263-9:

7. Garantias – Para garantir o pagamento de qualquer valor relacionado a esta Cédula, mesmo decorrente de adiantamento a depositante, damos ao Banco XXXXXX, isolada ou cumulativamente, as seguintes garantias:

7.1 Cessão fiduciária dos nossos direitos de crédito, atuais e futuros, perante as Credenciadoras, conforme definidas no subitem

7.1.1, decorrentes da realização de transações de aquisição de produtos e serviços oferecidos em nossos pontos de venda e pagos, pelos adquirentes, com o uso de cartões de crédito ou de débito das Bandeiras indicadas no Termo de Autorização de Manutenção de Domicílio Bancário, anexo a esta Cédula ('recebíveis').

A discussão sobre a validade desta cláusula ganha extrema relevância ao se considerar que 26,4% do consumo realizado pelas famílias brasileiras em 2013 deu-se por meio de cartões de crédito e débito⁸ e, com a amplia-

8 MACIEL, Camila. Cresce número de brasileiros que utilizam cartões de crédito e débito. **Agência Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-04-23/cresce-numero-de-brasileiros-que-utilizam-cartoes-de-credito-e-debito>>. Acesso em: 13 set. 2013.

ção do comércio eletrônico, constatou-se que 54% do faturamento dos estabelecimentos comerciais é proveniente dos meios eletrônicos de pagamento.⁹

Diante deste cenário nota-se que há grande repercussão econômica para as empresas que tomam crédito em instituições financeiras amparadas em contratos que possuem previsão de utilização de trava bancária. Isto se torna ainda mais evidente em função da banalização da utilização dessas travas aos cessionários de crédito e da manifesta desigualdade entre as partes na contratação deste artifício, o que justifica a revisão da trava bancária sob a ótica consumerista e constitucional.

3. A garantia da trava bancária e o diploma consumerista

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras aparentemente é tema superado pela jurisprudência, pois está consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na edição da Súmula 297¹⁰, bem como pela decisão paradigmática pelo Supremo Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade (ADin) 2.591 que confirmou a constitu-

9 Disponível em: <http://www.abecs.org.br/site2012/admin/arquivos/releases/%7B1F1B431F-A438-41C1-9C3B-EA8F12FD69A9%7D_Pesquisa%20Abecs-Datafolha%20-%202009.2011.pdf>. Acesso em: 13 set. 2013.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297 – 12-05-2004. Diário da Justiça de 09-09-2004. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

cionalidade da proteção do consumidor de serviços e produtos bancários.

Vale destacar que referidas decisões somente vieram a ratificar a força constitucional da tutela dos consumidores que foi elevada ao grau de direito fundamental e princípio da ordem econômica pela Constituição Federal de 1988, de forma que não se pode excluir as instituições financeiras de sua atuação cogente e de ordem pública.

Ademais, em face das peculiaridades do presente estudo, deve-se esclarecer também sua plena aplicabilidade para os consumidores que contratam esta modalidade de crédito garantido pela trava bancária, ainda que utilizados em seu empreendimento.

Há na doutrina nacional diversas correntes acerca da conceituação de consumidor e a interpretação do art. 2º Código de Defesa do Consumidor¹¹, mormente em casos similares ao apresentado, classificadas como correntes finalista, maximalista e finalista mitigada ou aprofundada.

Em síntese, a corrente finalista compreende que consumidor é “àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial

11 Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equiparase a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

um grupo da sociedade que é mais vulnerável”¹².

Este raciocínio restritivo encontra oposição na corrente maximalista que compreende o Código de Defesa do Consumidor como norteador de todas as relações jurídicas de consumo, a qual os autores corroboram, conforme já exposto em outra oportunidade:

[...] o CDC veio para introduzir nova linha de conduta entre os partícipes da relação jurídica de consumo. Assim, não importa ter vislumbrada a relação de hipossuficiência do consumidor, como querem alguns autores, mas sim, uma completa moralização das relações de consumo da sociedade brasileira, onde somente permanecerão nos diversos segmentos da cadeia de consumo aqueles (pessoas físicas ou jurídicas) que assumirem esta posição com todos os seus ônus e encargos, dentre os quais o atingimento da perfeição no fornecimento de produtos e serviços, em total consideração ao consumidor.¹³

O entendimento jurisprudencial, contudo, tem convergido a uma aplicação condicionada do sistema consumerista, consolidando o que se denominou de finalismo mitigado ou aprofundado, exposto pela coordenadoria de editoria e imprensa do Superior Tribunal de Justiça:

12 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 305.

13 EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**: consumo e sustentabilidade. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 66-67.

(...) STJ tem admitido, em precedentes julgados nas turmas da Seção de Direito Privado (Terceira e Quarta Turmas), não ser o critério do destinatário final econômico o determinante para a caracterização de relação de consumo ou do conceito de consumidor.

(...)

Ocorre que, evoluindo sobre o tema, a jurisprudência do STJ flexibilizou o entendimento anterior para considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional. “Sob esse estopim, os julgados do STJ passaram a agregar novos argumentos a favor de um conceito de consumidor mais amplo e justo”, afirma a ministra.

Assim, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no artigo 2º do CDC. Mas a ministra da Terceira Turma explica que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, em concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica¹⁴.

Condicionou-se, assim, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos denominados consumidores pro-

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Aplicação do CDC**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 set. 2010.

fissionais nos casos em que apresentem hipossuficiência no caso concreto, seja ela técnica, jurídica ou econômica.

Mais ainda, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor não contempla em seu texto somente a conceituação do consumidor destinatário final (artigo 2º, *caput*), mas também sua incidência aos consumidores equiparados (artigo 2º, parágrafo único, e artigo 17 do CDC), como as pessoas físicas ou jurídicas expostas às práticas mercadológicas (artigo 29 do CDC).

Ao estender esta tutela a todos os consumidores expostos às práticas mercadológicas, visou-se à tutela consumerista, individual ou coletiva, diante das abusividades presentes em determinadas condutas dos fornecedores que não se limitam simplesmente ao produto ou serviço em si, mas englobam todos os atos que permeiam o mercado de consumo.

Assim, a vedação de exigência de vantagem manifestamente excessiva, entre outras práticas abusivas exemplificadas pelo Código de Defesa do Consumidor, têm o condão de reprimir respectivos atos divergentes às normas consumeristas, não se fazendo qualquer distinção de consumidor final ou equiparado.

Não obstante, conforme preceitua o artigo 17 do Código do Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas de evento decorrente de fato do produto ou serviço, de modo que o desrespeito aos deveres anexos à boa-fé, em especial ao dever de

informação e cooperação, balizam também a configuração de fato de serviço bancário com informações insuficientes ou inadequadas.

Desta forma, a conceituação do consumidor de serviços ou produtos oferecidos pelos bancos está ligada a sua exposição às práticas abusivas lançadas pelas instituições financeiras e à proteção contratual conferida, especialmente se houver ajuste por meio de contrato de adesão (como no presente caso), quando não decorrente de evento danoso proporcionado pelo serviço de natureza bancária, financeira, de crédito ou securitária (segundo § 2º do art. 3º, do CDC).

Saliente-se, por fim, que as normas dos artigos 1º e 51 do Código de Defesa do Consumidor devem ser interpretadas de forma conjugada, de modo a se extrair dessa interpretação a conclusão de que o magistrado deve pronunciar-se “*ex officio*” sobre a matéria de cláusula abusiva, independentemente de provocação de qualquer interessado.

Assim, resta demonstrada a existência de relação de consumo entre pessoa jurídica e instituição financeira, de modo que não há dúvida sobre a necessidade de que seja conferida à consumidora a proteção outorgada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que, para a presente discussão, não restam maiores dúvidas acerca da necessária interpretação sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, pois visualiza-se uma manifesta vulnerabilidade e hipossuficiência dos cessionários de crédito ante as instituições financeiras.

Conclui-se, portanto, que a grande maioria das pessoas de direito privado, física ou jurídica, que contratarem com as instituições financeiras, como o contrato de concessão de crédito com a trava bancária, por exemplo, serão compreendidas como consumidoras diante de vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica.¹⁵

Ademais, como a garantia da trava bancária é utilizada em contratos de adesão (art. 54 do CDC), a exposição das pessoas físicas ou jurídicas a estas cláusulas, por força legal (art. 29 do CDC), estabelece-se a equiparação destas pessoas a consumidores.

Esta constatação torna-se relevante posto que se passa a analisar a utilização da trava bancária em contratações, muitas vezes, compulsórias e caracterizadas pelo desequilíbrio entre os contratantes sob a ótica constitucional-consumerista, sendo necessária uma explanação acerca dos valores que têm norteado o direito privado moderno.

4. A necessária releitura da trava bancária e a função social do contrato

A trava bancária e a violação aos preceitos consumeristas, estão sujeitas às tendências da hermenêutica que moldaram o atual direito privado, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor não se trata de sistema alheio

15 EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 133.

às demais fontes do ordenamento jurídico brasileiro. Pelo contrário, a edição deste microsistema, imposta constitucionalmente, é consequência de uma alteração paradigmática no direito privado, cujos reflexos ainda encontram certa resistência no Poder Judiciário.

Em síntese apertada, a alteração do sistema jurídico foi a resposta à crise do liberalismo ocorrida na primeira metade do século XX, na qual a autonomia da vontade privada e o absolutismo da propriedade como princípios norteadores do direito privado demonstraram-se insustentáveis, pois o desenvolvimento limitava-se somente a uma mínima parcela dominante, o que marginalizou as demais classes economicamente inferiores.¹⁶

A resposta imediata dos governantes foi a alteração na forma de atuação do Estado, o qual passou a intervir de forma bastante atuante na economia, o que, em curto prazo também se demonstrou inviável, em função da dificuldade na tomada de decisões em decorrência da burocracia imposta pela gestão pública das empresas.

Como meio termo, consolidou-se a relevância de um Estado mais atuante e incisivo que assuma ativamente seu papel na tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos e que vise, além do crescimento econômico, ao desenvolvimento socioambiental, no qual o Estado passou a intervir

16 GIBRAN, Fernanda Mara; EFING, Antônio Carlos. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. p. 28.

em setores estratégicos da economia.¹⁷

Essa política intervencionista do Estado Social produziu uma diluição nas fronteiras outrora intransigentes entre o direito público e o direito privado¹⁸, de modo que as relações privadas não mais seriam balizadas pela simples autonomia da vontade das partes, devendo obrigatoriamente observar os valores fundamentais estampados na Constituição Federal.

E é justamente pela ocorrência da tão comentada constitucionalização do direito civil, que as relações jurídicas entre particulares jamais poderiam representar risco à dignidade da pessoa humana, valor supremo do direito brasileiro, e conseqüentemente a qualquer direito fundamental, como a defesa do consumidor, posto que “é possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁹

17 Neste sentido: “O Estado interveio energicamente, abandonando as técnicas do liberalismo, ciente de que nos momentos de crise econômica a ausência do Poder Público podia ser desastrosa para a maior parte dos grupos sociais envolvidos. A intervenção, primeiro excepcional, tornou-se intensa, através de uma torrente de regras destinadas a traçar objetivos do Estado. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 87.

18 “A caracterização do modelo jurídico liberal assenta em dois postulados essenciais: a separação absoluta entre o direito público e o direito privado, cada um deles com a sua esfera de aplicação perfeitamente diferenciada e o predomínio da autonomia da vontade privada na esfera econômica”. MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 18-19.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.

Desta forma, ainda que a trava bancária possua grande eficiência na garantia patrimonial na concessão de créditos como instrumento auxiliar para a redução de taxas de juros, por exemplo, com a despatrimonialização do direito civil - no qual o núcleo do ordenamento jurídico transferiu-se da propriedade à pessoa humana -, tornou-se imperiosa a compreensão das outras dimensões desta prática atualmente corriqueira no sistema bancário.

É justamente esta imprescindível interpretação do contrato considerando-o no meio social em que se insere, que se desenvolveu a noção de função social do contrato, que serve como um dos tripés da teoria contratual moderna ao lado da boa-fé e o equilíbrio contratual.^{20 21}

ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 109-111.

20 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

21 Para melhor conceituação: “A função social do contrato corresponde à necessidade sentida pelo Estado moderno de limitar a autonomia contratual, em face da exigência social de “garantire interessi generali o collettivi” que não se satisfaziam dentro da sistemática do estado Liberal. A liberdade de contratar, nessa ordem de idéias, não pode contrastar com a utilidade social em temas como segurança, liberdade, dignidade humana, devendo sobrepor à autonomia contratual interesses coletivos como os ligados à educação, à saúde, os transportes, a utilização adequada das fontes de energia, à tutela do meio ambiente, a proteção a certos setores produtivos, etc. Há uma reciprocidade, nesse aspecto, entre as regras de limitação da propriedade e as que restringem a autonomia contratual. Incluem-se, ainda, no âmbito das limitações da liberdade de contratar (função social) a tutela da livre concorrência no mercado (combate aos trusts e às praxes de dominação de mercado) e à tutela das partes débeis das relações de mercado (os consumidores, no que diz respeito à propaganda enganosa, aos contratos standard, à contratação à distância, etc).” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**.

Trata-se, assim, de cláusula geral que deve ser observada por todos os contratantes e que aparentemente tem sido ignorada na aplicação das travas bancárias, uma vez que as instituições financeiras tem visado única e exclusivamente a segurança patrimonial. É certo que tal aplicação diverge da finalidade da função social do contrato que deveria buscar o “equilíbrio entre justiça e segurança, cabendo à ética dar contornos, sem se descuidar da importância econômica nas relações sociais”.²²

Não obstante os valores sociais serem suficientes para se repensar a licitude da trava bancária, os próprios interesses econômicos, em longo prazo, não justificam a apropriação de parcela tão significativa do faturamento de qualquer empreendimento. Deve-se considerar uma visão sistêmica e dinâmica da empresa, conforme expôs Machado:

O aspecto dinâmico da empresa consiste, em última análise, nos necessários arranjos (transações) que aquela se volta ao universo que a cerca para realizar sua atividade econômica. Assim, partindo-se que a empresa transaciona com diversos entes para realizar seu fim, esta transação deve ser eficiente em constituição, existência, efeitos e extinção dos contratos.^{23 24}

Forense: Rio de Janeiro, 2008. p. 53.

22 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 133.

23 MACHADO, Rafael Boêchat Alves. A ilegalidade da trava bancária: uma análise frente ao problema da barganha. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 8, p. 108-127, 2012. p. 06.

24 Esta análise econômica do direito, tão aclamada por alguns

Em outras palavras, a trava de recebíveis por cartão de crédito e/ou débito pode representar privação tão significativa ao faturamento da empresa que eventualmente inviabilizaria a atividade econômica desenvolvida e consequentemente obstaría a satisfação do próprio crédito concedido pela instituição financeira. Repise-se que, conforme preceitua a função social no direito civil, o melhor cenário econômico e social é a prosperidade do cessionário, com acesso integral a seu faturamento para adimplir sua obrigação no tempo predeterminado.

Entretanto, todo o benefício coletivo que seria possível nesta situação é sobrepujado pelo interesse avaro das instituições financeiras em obter segurança jurídica que garanta suas concessões, olvidando-se do equilíbrio buscado entre a segurança e justiça e, ao final, divergindo dos valores que deveriam guiar o direito privado.²⁵

juristas, evidencia que diante da complexidade que envolve as atividades empresárias, com uma rede variável de passivos e ativos, a trava bancária prejudica a eficiência da atividade empresarial, como complementa o autor: “Não podem os credores, em necessária dilaceração do estabelecimento do devedor, retirar-lhes bens indispensáveis a atividade lá exercida. Apesar de a lei caracterizar tais credores como proprietários, temos que a unidade produtiva do devedor deve ser respeitada e protegida, pois de lá emanam diversos contratos (todos com função social relevante), sendo ainda que não se prejudicará todos os credores e o próprio devedor em detrimento do credor proprietário.” MACHADO, Rafael Boëchat Alves. A ilegalidade da trava bancária: uma análise frente ao problema da barganha. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, 2012. p. 30.

25 “Limitando institutos de conformação nitidamente individualista, em contraposição aos ditames do interesse coletivo – que se apresentam acima dos interesses particulares – concedendo aos sujeitos de direito não só uma igualdade em seu aspecto estritamente formal, mas permitindo

Ressalva-se que não significa dizer que os cedentes de crédito não devam possuir instrumentos que garantam a satisfação da obrigação, trata-se apenas de uma reflexão a ser amadurecida pelos operadores do direito acerca de possível readequação ou alternativas menos incisivas e condizentes com os valores constitucionais. Isto porque a forma como se tem pactuado a trava bancária é um retrocesso ao liberalismo, a qual evidencia que a equidade contratual encontra-se simplesmente no âmbito formal, uma vez que materialmente apenas concretiza a imposição da vontade unilateral do contratante mais forte.²⁶

Busca-se, em outras palavras, uma adequação dos contratantes aos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, mormente ao se considerar que os contratos complexos, como estes nos quais se inserem as cláusulas de trava bancária, são invariavelmente incompletos “com informações pouco confiáveis (decorrentes do oportunismo) que afastam a possibilidade de o simples conhe-

uma igualdade e liberdade aos sujeitos de direito os igualando de modo a proteger a liberdade, de cada um deles, em seu aspecto material.” TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 114.

26 “Os fenómenos particulares de restrição da liberdade contratual indicados nas páginas precedentes registam-se sempre que as partes da relação se encontram, relativamente ao objecto daquela, em posições de força económico-social desigual (e por isso “poder contratual”), que permitem ao contraente “forte” impor a sua vontade unilateral ao contraente “débil”, o qual é constringido a acatá-la.” ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 319.

cimento do contrato entre duas partes ser suficiente para eliminar problemas pós-contratuais ou na execução”.²⁷

Partindo desta premissa e contextualizando-a ao disposto acerca da invariável vulnerabilidade nestes contratos, esclarece Marcia Carla Ribeiro e Guilherme Borba Viana que “a assimetria informacional nas relações econômicas ocorre quando uma das partes contratantes possui muito mais informação sobre o bem ou serviço transacionado do que a outra”.²⁸

Todas estas ponderações convergem para a necessidade de um reequilíbrio contratual que seja digno da referida evolução do direito civil nas últimas décadas, e que pode ser concretizada por meio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

4.1. A lei de recuperação de empresas e a penhora de recebíveis futuros

Conforme se denota, a mitigação do instituto da alienação fiduciária de recebíveis futuros é tema bastante delicado no que toca às empresas. Nesse sentido, atualmente, ao se tratar das travas de domicílio bancário, necessário apresentar o tema sob o aspecto proposto pela Lei nº

27 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 24, p. 173-200, 2008. p. 185.

28 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 24, p. 173-200, 2008. p. 186.

11.101/2005, a qual traz os dispositivos que regulam a matéria da recuperação judicial de empresas e exclui tais créditos daqueles que estão sujeitos à recuperação judicial.²⁹

Importante ressaltar novamente que por meio da utilização do mecanismo da trava bancária foi possível que as instituições financeiras reduzissem as taxas de juros praticadas pelo mercado. Isto porque, como anteriormente explicado, a garantia proporcionada pela alienação fiduciária de recebíveis futuros que é contratada com o banco oferece segurança muito maior, o que por um lado auxilia no crescimento econômico do país.

Entretanto, o foco do presente estudo é demonstrar as possíveis abusividades que são perpetradas em função da autorização contratual que possibilita o bloqueio dos recebíveis da empresa financiada.

Para melhor compreender os reflexos do uso da trava bancária nas empresas, cabe neste ponto realizar uma distinção sobre os conceitos de receita, lucro e faturamento. Como bem resume Cássio Cavalli, “receita consistiria em ingresso de numerário em razão da operação da empresa; o lucro consistiria no valor obtido quando subtraídas as despesas da receita; enquanto o faturamento seria a receita

29 A Lei trata também da falência das empresas. Entretanto, o presente estudo não pretende analisar a falência, já que significa o fim da atividade empresarial e, conseqüentemente, um abalo a ordem econômica pela diminuição da produção de riquezas. Busca-se uma avaliação da (i)lícitude da cláusula de trava bancária com o foco no cumprimento da função social do contrato e portanto na manutenção da empresa financiada.

bruta³⁰.³⁰ Ocorre que, sob tais concepções no uso da trava bancária, seria possível que o juízo determinasse a penhora do valor integral de todo o valor que ingressasse no caixa da empresa, o que, evidentemente, é absurdo. É, justamente nesse sentido que se realiza uma análise bastante interessante do princípio da menor onerosidade em face da necessidade da preservação da empresa, de modo que vale a pena novamente colacionar a lição de Cássio Cavalli:

O princípio da preservação da empresa a orientar a espécie de penhora sob análise é doutrinariamente reconhecido no art. 678 do CPC, que trata da penhora de faturamento de empresa concessionária de serviço público. Com efeito, para evitar-se qualquer anormalidade ou prejuízo no funcionamento do serviço público, impõe-se que seja adotado um procedimento que determine a importância a ser expropriada sem afetar a continuidade do serviço público prestado pela concessionária. Esta mesma forma de promoção do princípio também deverá estar presente quando da penhora de faturamento de qualquer empresa, concessionária ou não. Vale dizer, a operacionalização da penhora de faturamento também deve ser orientada pelo princípio da menor onerosidade. Com isto, quer-se afirmar que não deve ser determinada a penhora de percentuais fixos sobre o faturamento da empresa, sobre pena de onerá-la excessivamente, com prejuízo, inclusive, aos *stakeholders* que contratam com a empresa. Daí porque, caso determinada a penho-

30 CAVALLI, Cássio. **O princípio da menor onerosidade e a penhora de faturamento de empresa.** Revista dos Tribunais. 926 (2012). p. 723.

ra de faturamento, ela deverá ser operacionalizada em consonância com os princípios da menor onerosidade e da preservação da empresa.³¹

Para os fins do presente estudo, necessário que seja aplicado o raciocínio relativo aos princípios da menor onerosidade e da preservação da empresa para tratar da legislação da recuperação de empresas e falências.

É evidente que a Lei de Recuperação de Empresas visa, primordialmente, a manutenção da atividade empresarial com a consequente viabilização da atividade econômica, preservação e geração de empregos, recolhimento de impostos, entre diversas outras funções que são decorrentes da própria existência da empresa. Ou seja, a edição da Lei referida pretende atender aos dispositivos constitucionais que tratam da função social da empresa e do incentivo à atividade econômica, principalmente.

Em síntese apontada por Marcia Carla Pereira Ribeiro, este instituto da recuperação judicial é requerida por empresário, insolvente, de boa-fé, com possibilidade de recuperação do negócio mediante sua manutenção na condução do negócio.³²

Como forma de auxiliar a empresa que passa pelo processo de recuperação judicial a se recuperar da crise

31 CAVALLI, Cássio. **O princípio da menor onerosidade e a penhora de faturamento de empresa.** Revista dos Tribunais. 926 (2012). p. 728.

32 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, fazenda pública e a nova lei de recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3 , p. 25-43, jan. 2005. p. 28.

que atravessa, a Lei nº 11.105/2005 estabelece em seu artigo 50 várias formas de atingir o seu principal fim.

Assim, nota-se que o objetivo principal da Lei de Recuperação e Falência é equilibrar os interesses dos credores em obter o recebimento de seus créditos e, ao mesmo tempo, propiciar a continuidade da atividade empresarial.

E, assim sendo, “deve-se observar que, embora o devedor ingresse em um estado de insolvência ou pré-insolvência, seus direitos e garantias fundamentais não podem ser afastados”, como exemplifica Auer Baptista Freire Júnior e Rodrigo Almeida Magalhães em crítica à certas abusividades perpetradas por esta lei.³³

Neste sentido, o § 3º do artigo 49 da Lei nº 11.105 excluiu do rol de créditos que estão sujeitos à recuperação judicial a alienação fiduciária de recebíveis. Ou seja, o legislador privilegiou uma das formas de garantias que a empresa pode ofertar no momento da contratação do crédito de instituições financeiras, fato que, indiretamente, causou a implementação de políticas em todo o sistema bancário no sentido de reduzir as taxas de juros para os clientes que oferecessem esse tipo de garantia, o que indubitavelmente põe em risco o instituto da recuperação judicial.

33 FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A Lei de Recuperação de Empresas e Falências e seus abusos frente a direitos fundamentais. **Revista de Direito Empresarial**: RDEmp, Belo Horizonte, v.8, n.2 , p. [175]-196 , jul. 2011. p. 195.

Necessário tratar do disposto no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, o qual prevê a exclusão de determinados créditos do plano de recuperação judicial:

Art. 49. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

A simples leitura do § 3º do art. 49 da Lei de Recuperação Judicial demonstra que há grande risco em manter a posição privilegiada das instituições financeiras para recebimento de seus créditos no momento em que ocorre o processo de recuperação judicial, ou seja, de empresa que atravessa dificuldades financeiras. Isto porque enquanto todos os demais credores estarão sujeitos aos trâmites convencionais da recuperação judicial, o credor que possui a garantia da alienação fiduciária dos recebíveis (trava bancária) permanecerá tendo a prerrogativa de receber os

valores decorrentes dos créditos que possuí com a empresa no momento em que qualquer crédito ocorrer na conta corrente da empresa.

Frise-se uma vez mais, a forma como a Lei de Recuperação de Empresas foi redigida proporcionou às instituições financeiras privilégios que colocam em risco todo o ideal de manutenção da atividade empresarial.

Com isto demonstra-se necessária a adequada interpretação e aplicação das normas para que ocorra uma relativização do disposto no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, para que seja possível que mesmo nos casos em que exista a garantia de alienação fiduciária de recebíveis, a penhora efetuada pela instituição financeira seja realizada de modo que a empresa possa permanecer com suas atividades regularmente, posto que numa interpretação literal da legislação poderia autorizar que o banco efetive a penhora da forma e na quantidade que julgar adequada.

Já foram proferidas várias decisões judiciais em casos relacionados à penhora do faturamento da empresa. Apenas como forma de ilustrar o presente estudo, mencionam-se os casos AgRg no REsp nº 919.833, AgRg no REsp nº 1.170.822 e AgRg no REsp nº 1.313.904. Em todos esses casos os Ministros do Superior Tribunal de Justiça demonstra a necessidade de se observar a razoabilidade no momento em que se efetiva uma penhora no faturamento da empresa, tendo diminuído o valor da penhora e que tal ato somente é possível em caráter excepcional.

Assim, a trava bancária também em relação às empresas que passam ou não por processo de recuperação, deve atender aos princípios da menor onerosidade e da preservação da empresa a fim de que não se comprometa a atividade empresarial e direitos fundamentais em detrimento da garantia contratualmente autorizada.

5. O conflito com os princípios do código de defesa do consumidor

Conforme já se introduziu nos capítulos anteriores, a obrigatoriedade da contratação da trava bancária, nos exatos termos definidos pelas instituições financeiras, nos contratos de adesão que utiliza na concessão de crédito é resultado de uma vulnerabilidade inerente às relações desta natureza, cuja mitigação somente é possível com a irrestrita e esmerada aplicação dos preceitos legais consumeristas e da proteção contratual.

Repisa-se que, por se tratar de direito fundamental e princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor, nos termos do seu art. 1º, representa norma de ordem pública e natureza cogente. Assim, resulta em uma obrigatoriedade de sua tutela às relações de consumo e que deve reger a nefasta atuação das travas bancárias.

Ocorre que, além de todos os direitos positivados no Código de Defesa do Consumidor, este diploma possui natureza principiológica e molda o consumo diante das diretrizes apontadas pela Política Nacional das Re-

lações de Consumo. Há doutrinadores, inclusive, que sustentam que caso a Lei nº 8.078/90 fosse limitada a seus primeiros sete artigos a tutela do consumidor permaneceria ampla, posto que estes dispositivos já refletiriam fielmente os princípios constitucionais, cabendo aos interpretadores assegurar sua eficácia.³⁴

Justificada a tutela consumerista pelo princípio da vulnerabilidade, a referida política ainda se sustenta nos princípios da intervenção do Estado, da confiança, da informação, da equidade, da boa-fé, entre outros, que visam ao reequilíbrio entre as partes e a plena proteção dos direitos básicos dos consumidores.

Deve-se aclarar ainda que a tutela mínima, disposta no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, assegura não somente os direitos da personalidade dos consumidores, mas também aqueles essenciais ao desenvolvimento de um mercado de consumo digno, como a informação adequada e o amparo contratual.

E justamente sob esta ótica minimamente protetiva que se deve compreender a utilização da trava bancária pelas instituições financeiras. De modo que se levanta o questionamento acerca da observância, entre outros, ao princípio da informação e transparência, visto que a disponibilização futura de parcela significativa do faturamento proveniente dos cartões eletrônicos representa valor variá-

34 NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

vel e imprevisível, cujas consequências na amortização do débito devem ser demonstradas de forma clara e adequada.

Trata-se de direito fundamental do consumidor à informação que representa “a única opção que se lhe coloca nos contratos de consumo massificados: aceitar ou não as condições gerais, já que não possui o poder contratual para modificar ou negociar os termos e o conteúdo contratual”.³⁵

Evidencia-se, novamente, a vulnerabilidade dos cesionários de crédito que diante de contrato de adesão com a instituição financeira somente visualiza a opção de aceitar a trava bancária ou recusar a concessão.

Razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em viabilizar a revisão e modificação de “cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”, conforme inciso colacionado acima. Cujas aplicabilidade não demanda condições específicas como da resolução por onerosidade excessiva prevista no Código Civil, sendo necessária apenas uma “quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações”³⁶, que pode ser constatada em algumas travas bancárias.

35 GIBRAN, Fernanda Mara; EFING, Antônio Carlos. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. p. 66.

36 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 60.

Visando à plena eficácia deste direito básico, os legisladores positivaram algumas situações específicas que prejudicariam esta equidade, como no art. 39, inciso V.

E ao se recordar que, em alguns casos, a trava bancária poderia reter até metade do faturamento do cessionário, pode-se concluir que há um desequilíbrio nesta contraprestação que não se justifica, caracterizando uma vantagem manifestamente excessiva, vedada pela legislação consumerista.

Novamente, ao contrário das práticas atuais realizadas pelas instituições financeiras e muitas vezes mantidas pelo Poder Judiciário, cabe esclarecer a necessidade de que seja utilizado o meio menos oneroso para que as empresas que atravessam dificuldades econômicas possam realizar o pagamento de suas dívidas e efetivamente recuperarem-se de eventuais crises.

Neste sentido, também, há de se apreciar a tutela contratual disposta no Código de Defesa do Consumidor especificamente acerca das cláusulas abusivas.³⁷

37 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Veja-se que uma vez mais o legislador buscou resguardar a boa-fé e equidade entre os contratantes, tanto é que tornou nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas e abusivas que acarretem em desvantagem exagerada.

Por óbvio que caberá aos magistrados esta análise em cada caso concreto, limitando-se a alertar com o presente estudo, a considerável possibilidade de que a trava bancária, direta e sob parcela significativa do faturamento empresarial, majore a vulnerabilidade dos consumidores de crédito diante de desvantagem exagerada e divergente também da função social do contrato.

E, por ser uma discussão relativamente recente, há divergências de posicionamento jurisprudencial que deve ser resolvida nos casos que chegarem em breve ao Poder Judiciário, não podendo se olvidar os julgadores da necessária leitura constitucional do direito privado e, principalmente, à integral tutela que se previu no Código de Defesa do Consumidor.

Considerando-se que trata de tema polêmico com divergência jurisprudencial³⁸, deve-se louvar recente decisão

38 Para ilustrar este conflito de entendimentos, colacionam-se dois julgados, uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e outra do Egrégio Tribunal paulista:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. Liminar obstativa de registro em cadastros protetivos de crédito. Possível o cadastro no caso de inadimplência, pois não estão presentes os pressupostos autorizadores para obstar a inscrição. Protesto de títulos vinculados ao contratado. Exercício regular de direito. Necessário o estabelecimento do contraditório.

da Exma. Juíza Vera Regina Bedin no referido processo sob nº 033.13.010263-9, no qual se atentou para a despatrimonialização do direito civil e ao sopesar a segurança patrimonial da instituição financeira e os demais direitos envolvidos, decidiu pela suspensão da trava bancária em razão da função social do contrato e desequilíbrio contratual, conforme exposto na fundamentação:

Nesse jaez, tem-se como necessária a salvaguarda do crédito da instituição financeira ré, mas também da preservação da empresa autora resguardando a sua função social, com a manutenção da fonte produtora, a manutenção de empregos, interesse dos credores, desenvolvimento da atividade empresarial na região etc.

Esta decisão ainda não é definitiva e não entra no mérito de eventual nulidade de pleno direito de cláusu-

DIREITOS CREDITÓRIOS DE RECEBÍVEIS DE CARTÃO DE CRÉDITO. AMORTIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. GARANTIA DO CONTRATO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70051247500*. Relator Des. Rubem Duarte. Julgado em 10-04-2013.

TUTELA ANTECIPADA - Requisitos - Acordo firmado entre as partes, no qual o agravante deu em penhor valores recebíveis nas vendas a cartão de crédito, além de trava bancária, em favor do banco - Banco que se utilizou da trava bancária - Hipótese em que o autor buscava antecipar os recebíveis junto às operadoras de cartão de crédito - Pedido de liberação da trava bancária - Ausência de verossimilhança da alegação, além de irreversibilidade da antecipação de tutela para liberação da trava - Recurso não provido.

São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 990.10.315203-4*. Relator Des. Melo Colombo. Julgado em 06-10-2010.

la abusiva, representando apenas um passo em direção ao direito privado que a Constituição Federal de 1988 previu e almejou.

6. Considerações finais

Conforme restou demonstrado no presente estudo, as pessoas jurídicas também estão sujeitas às regras trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor no momento em que contratam com instituições financeiras em decorrência da sua vulnerabilidade, bem como por se tratarem invariavelmente de destinatários finais do serviço prestado. É notório, ainda, que ao contratarem com fornecedores desta natureza, os consumidores não possuem conhecimento técnico sobre as imposições inseridas em contratos de adesão, fato que traz graves consequências posteriores e que devem ser objeto de apreciação do Poder Judiciário nos casos em que se constatem abusividades.

Ademais, cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor tutelou também como consumidores equiparados àqueles expostos às práticas comerciais, com especial atenção às práticas abusivas, que não são condizentes com seus princípios e objetivos.

Exemplo da ocorrência de abusividade é a utilização do § 3º do artigo 49 da Lei nº 11.105 que excluiu do rol de créditos sujeitos à recuperação judicial, a alienação fiduciária de recebíveis futuros das pessoas jurídicas.

Sob o argumento de que esta modalidade agressiva de garantia de crédito eventualmente reduziria as taxas sobre os créditos concedidos pelas instituições financeiras no mercado, a contratação de adesão realizada pelos concedentes de crédito autoriza que os bancos efetivem as travas bancárias, fato que na maioria das vezes ocasiona a bancarrota da pessoa jurídica em função da excessiva onerosidade que é imposta ao se lançar mão da garantia da trava bancária.

Tal situação, entretanto, deve ser ponderada sobre as novas perspectivas que têm norteado o direito privado, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com indispensável observância à função social dos contratos e boa-fé na consolidação e execução destas relações. Derivando-se, ainda, nos seus deveres anexos que exigem uma convergência dos contratantes para que atuem de maneira proba, e respeitem o dever de informação e cooperação.

Em outras palavras, a alienação fiduciária de recebíveis futuros das pessoas jurídicas garante às instituições financeiras uma posição extremamente privilegiada no caso de a empresa não suportar realizar o pagamento integral da dívida contraída, permitindo que este penhore o faturamento futuro (oriundo de operações de crédito e débito) o que ocasiona o sufocamento da estrutura empresarial e deixa de observar o princípio da menor onerosidade e da preservação da empresa.

Especificamente às sociedades que atravessam dificuldades econômicas, restou demonstrado que a “trava bancária” impõe encargo ao tomador de crédito que muitas vezes torna-se manifestamente oneroso, impossibilitando a continuidade da atividade empresarial. Isto porque, ao invés de permitir que a empresa administre seus valores e possa se reestruturar e planejar seu saneamento financeiro e a retomada do crescimento por meio dos recursos que supostamente deveriam estar disponíveis, as instituições financeiras possuem a prerrogativa de, nos casos em que possuem a garantia de alienação fiduciária de recebíveis futuros, realizar bloqueios de todos os recebimentos da empresa, o que é extremamente oneroso contrariando o ordenamento jurídico vigente.

Por todo o exposto, conclui-se que a utilização da trava bancária em prejuízo do tomador de crédito (consumidor), autoriza a intervenção judicial para afastar tal abusividade.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citali Roviroso-Madrazo. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. 2 ed. trad. MEDEIROS, Carlos Alberto. 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297 – 12-05-2004. Diário da Justiça de 09-09-2004. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Aplicação do CDC**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 set. 2010.

CAVALLI, Cássio. **O princípio da menor onerosidade e a penhora de faturamento de empresa**. Revista dos Tribunais. 926 (2012).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente, A / 2010** A cessão fiduciária de títulos de crédito ou direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.6, n.33 , p. 21-34, ago./set. 2010.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: consumo e sustentabilidade**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A Lei de Recuperação de Empresas e Falências e seus abusos frente a direitos fundamentais**. **Re-**

vista de Direito Empresarial: RDEmp, Belo Horizonte, v.8, n.2 , p. [175]-196 , jul. 2011.

GIBRAN, Fernanda Mara; EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012.

LATOUCHE, Serge. **Farewell to Growth**. Cambridge: Polity Press, 2009.

MACHADO, Rafael Boëchat Alves. A ilegalidade da trava bancária: uma análise frente ao problema da barganha. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 8, p. 108-127, 2012.

MACIEL, Camila. Cresce número de brasileiros que utilizam cartões de crédito e débito. Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-04-23/cresce-numero-de-brasileiros-que-utilizam-cartoes-de-credito-e-debito>>. Acesso em: 13 set. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 305.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira ; VIANNA, Guilherme Borba . Risco e Assimetria Informacional nas relações empresariais. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 24, p. 173-200, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, fazenda pública e a nova lei de recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3 , p. 25-43, jan. 2005.

ROPPO, Enzo. **O CONTRATO**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTA CATARINA. Vara Cível de Itajaí. Ação de revisão de contrato nº 033.13.010263-9, Juíza Vera Regina Bedin. p. 1012 Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina, 08-08-2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Forense: Rio de Janeiro, 2008.