

CONTRATOS DE MARGEM CONSIGNÁVEL: ANÁLISE ACERCA DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

CONSIGNABLE MARGIN AGREEMENTS: ANALYSIS ABOUT THE UNDERSTANDING OF THE COURT OF JUSTICE OF BAHIA

Armando Pereira Barsotti¹
Waldir Franco de Camargo Junior²

RESUMO: O presente trabalho trata sobre o tema do contrato de reserva de margem consignável e sua recepção na jurisprudência baiano. Primeiramente, é analisada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, e quais as principais consequências de tal incidência, notadamente ante o caráter protetivo da legislação consumerista como expressão da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, e em especial no que pertence à inversão do ônus da prova. Apresentam-se os conceitos de empréstimo consignado e de reserva de margem consignável, diferenciando-os com a indicação da lei e de regulamento aplicável a esta última modalidade. Com isso, objetiva-se situar o tema e possibilitar a compreensão sobre as possíveis irregularidades atinentes à mencionada espécie contratual, com ênfase nos principais vícios que são comumente arguidos pelos contratantes em ações judiciais que debatem acerca da reserva de margem consignável. Após, analisam-se julgados sobre o contrato em questão, no âmbito das Turmas Recursais da Bahia e do Tribunal de Justiça baiano, separadamente, com o intuito de apresentar os atuais entendimentos dominantes em tais órgãos, sobre sua higidez e validade, ou abusividade e, neste último caso, quais as consequências determinadas pelo órgão julgador decorrentes do reconhecimento da nulidade da avença, bem como quais os fundamentos utilizados pelos julgadores como razão de decidir.

1366

Palavras-chave: Contrato bancário. Reserva de margem consignável. Legalidade. Abusividade.

ABSTRACT: The present work deals with the topic of the consignable margin reserve contract, and its reception in the jurisprudence of Bahia. Firstly, it is analyzed the applicability of the Consumer Protection Code to financial institutions, and which are the main consequences of such incidence notably in view of the protective nature of consumer legislation as an expression of the diagonal effectiveness of fundamental rights, and regarding the inversion of the burden of proof. There are presented the concepts of consignable loan and of consignable margin reserve, differentiating them, with the indication of the law and regulation applicable to the latter modality. With that, it is aimed to situate the topic and make possible the comprehension about the possible irregularities regarding the contractual species, with an emphasis on the main flaws that are commonly alleged by contracting parties in lawsuits that discuss the consignable margin reserve. After that, judgments are analyzed on the contract in question, within the scope of the Bahia Appeals Panels and the Bahia Court of Justice, separately, with the goal of presenting the current prevailing understandings in such bodies, about its veracity and validity, or abusiveness; and, in the latter case, which are the consequences determined by the judging body arising from the recognition of the nullity of the agreement, as well as what are the grounds used by the judges as a reason to decide.

Keywords: Bank contract. Consignable margin reserve. Legality. Abusiveness.

¹Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia.

²Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia.

INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a analisar a atual visão da jurisprudência baiana acerca da validade do contrato de reserva de margem consignável (RMC). A pesquisa se justifica pela existência de um alto número de ações judiciais questionando a validade do contrato, sob a alegação da ocorrência de diversos vícios contratuais – ocasionando, em um expressivo número de casos, não somente a nulidade do pacto e o retorno das partes ao estado anterior, mas também a condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais, bem como repetição em dobro do valor por ela anteriormente cobrado.

Assim, o estudo ora apresentado procura responder às seguintes indagações: A utilização da reserva de margem consignável pode ocasionar o superendividamento do consumidor? É válido o contrato de reserva de margem consignável? Em caso negativo, que condições são determinantes para reconhecimento de sua nulidade e quais as consequências que resultam desse entendimento a partir das decisões do Tribunal de Justiça da Bahia?

Sendo assim o presente estudo traz como hipótese: O contrato de margem consignável reserva o limite no valor da renda mensal do benefício, destinado para uso no cartão de crédito, este é limitado e emprestado para pagamento da fatura mensal do cartão, com os gastos que se acumulam mensalmente pelo uso; no qual, ao final do período mensal, é descontado do contracheque do contratante ou de seu benefício previdenciário tão somente a parcela mínima para pagamento. Isto é, o valor restante, que não é descontado, deve ser pago pelo cliente, por meio da fatura que é enviada à sua residência ou disponibilizada em portal eletrônico da instituição financeira.

Nesse diapasão, a utilização da reserva de margem consignável resulta no superendividamento, uma vez que o consumidor ao pagar apenas o limite do cartão de crédito concedido nestes contratos, fica submetido a uma obrigação com data de início, porém, sem data de término. Logo, restou verificado no que concerne às relações consumeristas, seja por meio de propagandas enganosas e omissivas em torno do crédito facilitado, ou através do exagero na cobrança, tem-se a privação dos direitos que compõe o patrimônio mínimo. Ainda que existam limites previstos na legislação para os descontos criados com o propósito de resguardar o ínfimo existencial frente à atuação dos particulares. Assim, ao mesmo tempo em que o crédito é de extrema importância na sociedade de consumo, propiciando ao consumidor acesso a bens e serviços, caracteriza a

instrumentalização do mínimo existencial, pois quando concedido de maneira irresponsável, provoca a exclusão social do devedor.

Para os fins do presente texto, inicialmente, analisam-se as principais características do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no sistema jurídico pátrio, e sua aplicabilidade às instituições financeiras, inclusive quanto à inversão do ônus probatório, circunstância que pode impactar diretamente no resultado das ações judiciais sobre o contrato em deslinde.

Este estudo justifica-se pelo fato de o superendividamento caracteriza-se como o comprometimento do mínimo existencial, ou seja, o patrimônio mínimo para propiciar ao homem médio condições dignas de vida, suficiente para arcar com as despesas básicas para se viver em sociedade. Tal preservação do mínimo existencial encontra guarida na Constituição Federal de 1988, uma vez que busca garantir a dignidade da pessoa humana, um dos pilares do direito constitucional contemporâneo. Nesse ínterim, baseia-se no Estado Democrático de Direito, no tocante à proteção da dignidade (art. 1º.III) e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e erradicação da pobreza como objetivos fundamentais da República Brasileira (art. 3º, I e III).

Nos casos de RMC, a situação é ainda mais prejudicial ao consumidor porque os descontos são realizados diretamente na folha de pagamento do devedor, no mesmo dia do recebimento do benefício, impossibilitando de sacar o dinheiro, somado ao fato de que os descontos referentes ao mínimo do cartão são suficientes apenas para pagar os encargos rotativos, nunca amortizando a dívida. Ademais, o interesse no adimplemento do débito não deve prevalecer sobre a proteção da dignidade do devedor. Portanto, a conduta abusiva e o excesso na cobrança do crédito com descontos na folha de pagamento são uma forma nítida de violação do mínimo existencial.

Portando este estudo tem por objetivo geral: Analisar as jurisprudências do Tribunal de Justiça da Bahia no tocante aos contratos de reserva de margem consignável. E por objetivos específicos: Apresentar a definição do contrato de empréstimo consignado, conceituar o contrato de reserva de margem consignável, caracterizar o superendividamento da população e o seu problema nas relações contratuais de consumo, analisar a jurisprudência baiana sobre os contratos de margem consignável.

Diante disso, foi proposta essa pesquisa com a finalidade de analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Bahia nos contratos de RMC a fim de destacar se há abusividade nessa relação consumerista e o resultado final quanto a pretensão dos postulantes ao criticar esta modalidade contratual, buscando a nulidade do pacto, retorno das partes ao estado

anterior, mas também a condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais, bem como repetição em dobro do valor por ela anteriormente cobrado.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa científica consiste em um conjunto de processos a serem aplicados de forma prática para desenvolver um estudo, previamente determinado pelo pesquisador. Com esses conhecimentos, a pessoa responsável adquire experiência acerca do tema de modo a possuir cada vez mais expertise no assunto. Para fazer com que o estudo esteja dentro das normas científicas pré-estabelecidas, o pesquisador deve seguir uma série de etapas a serem escritas dentro da norma padrão vigente (FONTELLES, et al., 2019).

A partir dessas informações, o presente trabalho se estabelece como uma pesquisa descritiva. De acordo com Vieira (2002), ela se enquadra nesse perfil pois possui como objetivo principal a interpretação da realidade, sem modificá-la. No mesmo raciocínio, Gil (2002) conclui que esse tipo de pesquisa permite identificar as características de determinado grupo, sendo possível descobrir, analisar e interpretar fenômenos do cotidiano de acordo com as variáveis encontradas na pesquisa.

Dentre os procedimentos técnicos utilizados nesta pesquisa, consiste na pesquisa bibliográfica. Essa pesquisa é feita a partir da leitura e levantamento de materiais já publicados por outros autores, ou seja, textos, livros, artigos científicos escritos por nomes de referência da área estudada. A vantagem da utilização da pesquisa bibliográfica ocorre, pois com ela é possível que o investigador leia, estude e analise materiais de uma forma muito mais rápida do que ele faria caso precisasse pesquisar diretamente. Atualmente, com a existência de bibliotecas digitais, a utilização de fontes bibliográficas se tornou ainda mais simples e prática (TRAINA; TRAINA, 2019).

Ao longo deste estudo, a fonte primária utiliza dados extraídos pelo próprio autor da pesquisa, ou seja, a pesquisa é feita a partir de dados que nunca foram analisados previamente. Já a fonte secundária consiste na análise e interpretação de fontes bibliográficas, como livros, artigos científicos e materiais literários por parte do autor. Na maioria das vezes, esses documentos já foram escritos por nomes importantes da área, ou seja, pessoas que possuem propriedade no respectivo assunto estudado. A partir desses materiais, normalmente disponíveis de forma online, o autor da pesquisa consegue extrair informações e realizar uma análise acerca do assunto. No caso desta pesquisa, utiliza-se

livros, revistas científicas, textos e monografias para reunir o máximo de informações possíveis sobre o tema estudado.

As buscas foram realizadas através das seguintes bases de dados: Revista Direito GV; Revista de Direitos e Garantias Fundamentais; Revista da Faculdade de Direito da UFMG; Revista Brasileira de Direito IMED; Revista Brasileira de Direito Animal; Revista Direitos Fundamentais & Democracia; Revista Direito, Estado e Sociedade; Revista Veredas do Direito; Revista Jurídica da Presidência.

O tipo de amostra utilizado nesta pesquisa é denominado Amostra Aleatória Não Probabilística. Esse tipo tem como característica principal a não utilização de formas aleatórias de seleção de sua amostra, sendo os indivíduos selecionados através de critérios pré-estabelecidos pelo pesquisador. Nesse modelo amostral, não é possível ter o controle da população estudada e analisada.

Os critérios de inclusão dentro de uma pesquisa científica são critérios previamente definidos pelo pesquisador os quais a pesquisa deve cumprir. Dentre os itens estabelecidos para este trabalho estão: O material bibliográfico analisado e estudado foi publicado dentro de um recorte temporal de 05 anos. Já os critérios de exclusão dentro de uma pesquisa científica se resumem a critérios que não são permitidos dentro do estudo. Dentre esses itens estão: Análise de material bibliográfico com recorte temporal superior a 05 anos; Inclusão de método de pesquisa diferente do pré-estabelecido.

1370

A coleta de dados foi realizada na seguinte ordem: leitura exploratória do título e objetivos de modo a analisar a relevância do material bibliográfico em relação ao assunto do presente estudo; leitura dos materiais previamente filtrados na leitura inicial; registro das informações extraídas a partir das leituras dos materiais incluídos neste estudo. Após estes procedimentos foi feita uma leitura analítica no intuito de organizar as informações contidas nas pesquisas selecionadas a fim de identificar tópicos propostos nos objetivos desta revisão.

A análise dos dados da pesquisa será feita utilizando abordagem qualitativa. Essa classificação de método científico utiliza dados estatísticos visíveis e concretos para demonstrar os resultados obtidos. Esta pesquisa científica não oferece riscos a nenhum participante da amostra populacional. Por outro lado, dentre os benefícios do trabalho, que se resume as contribuições que a comunidade científica pode vir a ter de acordo com os resultados obtidos estão: Maior conhecimento acerca do perfil do tema; Análise aprofundada das legislações brasileiras.

3. REFERENCIAL TEORICO

3.1 Empréstimo Consignado e Reserva de Margem Consignável

O empréstimo consignado consiste na possibilidade de o interessado adquirir financiamento em instituição financeira, a ser quitado por meio de desconto do respectivo valor das parcelas diretamente pelo empregador – ou pelo órgão previdenciário, no caso dos aposentados e pensionistas. O desconto, nessa sistemática, é efetuado no momento do recebimento da verba salarial ou do benefício previdenciário, implicando, na prática, na sua retenção, de modo a inviabilizar que o consumidor tenha acesso ao valor da parcela.

Há vantagens para o consumidor e para a instituição financeira: para esta, a atenuação do risco de inadimplência, já que o valor da parcela, como dito, já é descontado quando o cliente auferir sua verba salarial ou previdenciária; para aquele, quanto aos juros, que costumam ser consideravelmente menores que os praticados em mútuos que não seguem tal modalidade, o que se justifica pela citada minimização da possibilidade de inadimplência (POMODORO, 2019, p. 12).

Além disso, ambos (banco e cliente) já sabem, na contratação, qual o valor disponibilizado e o número fixo de parcelas. Já a reserva de margem consignável nada mais é que o limite reservado no valor da renda mensal do benefício, destinado exclusivamente para uso no cartão de crédito. Nessa modalidade, o crédito é limitado e emprestado para pagamento da fatura mensal do cartão, com os gastos que se acumulam mensalmente pelo uso; ao final do período mensal, é descontado do contracheque do contratante ou de seu benefício previdenciário tão somente a parcela mínima para pagamento. Ou seja, o valor restante, que não é descontado, deve ser pago pelo cliente, por meio da fatura que é enviada à sua residência ou disponibilizada em portal eletrônico da instituição financeira.

A forma em questão torna inviável conhecer previamente o valor financiado e o número de parcelas no momento da pactuação, o que depende de ação futura do consumidor, a variar, pois, conforme o uso do cartão e o pagamento das faturas mensais. Assim, o banco tem a certeza apenas do pagamento da parcela mínima, razão pela qual os encargos são maiores do que aqueles praticados no empréstimo consignado. As modalidades foram alvo de diversas alterações legislativas ao longo do tempo (inclusive por medidas provisórias). Dispõe a Lei n. 10.820/2003, quantos aos aposentados e pensionistas:

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º e autorizar, de forma irrevogável e

irretratável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS. [...] § 5º Os descontos e as retenções mencionados no caput não poderão ultrapassar o limite de 35% (trinta e cinco por cento) do valor dos benefícios, sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito (BRASIL, 2003).

Idêntica trilha segue o regulamento (Instrução Normativa INSS n. 28/2008), cujo art. 3º prevê que, no momento da contratação, os descontos não poderão exceder ao limite de 35% do valor da renda mensal do benefício, sendo 30% para operações de empréstimo pessoal e 5% para operações de cartão de crédito. Tais dispositivos, contudo, têm eficácia suspensa temporariamente; nos termos do determinado pela Lei n. 14.131/2021, convertida da Medida Provisória n. 1.006/2020, até 31 de dezembro de 2021, o percentual máximo de consignação será de 40% (quarenta por cento), dos quais 5% (cinco por cento) ficam reservados exclusivamente para amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou utilização com finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

A Instrução Normativa INSS n. 14/2021 regulamenta, na mesma senda. Tal aumento “moderado e temporário” do limite do crédito “[...] representa opção mais vantajosa para lidar com a contração no mercado de crédito por ser a que representa menores riscos para as instituições financeiras e a que menos onera os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social - RGPS” (BRASIL, 2020) e, conforme constou na ementa da mencionada medida provisória, fundamenta-se nos impactos econômicos advindos da pandemia da Covid-19.

Geralmente, em ações judiciais que discutem sobre o contrato de RMC, o consumidor não impugna a veracidade do pacto ou sua assinatura nele aposta. A insurgência se volta contra o conteúdo – no mais das vezes argumentando existência de vícios como dolo, erro, informação inadequada, abusividade e venda casada. Sobre o primeiro, ensina a doutrina que “dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Consiste em sugestões ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro” (GONÇALVES, 2018, p. 414-415).

Aqui, há uma ação de um dos contratantes, para obter uma vantagem, em detrimento do outro contratante, ludibriado. Já o erro “é um engano fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito, que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico” (TARTUCE, 2020, n.p.). A teor do art. 138 do Código Civil,

o erro torna o negócio anulável, desde que o erro seja substancial, isto é, possa ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias em que o negócio foi celebrado.

Quanto a esses dois vícios, muito embora frequentemente alegados, o reconhecimento é, entende-se, problemático, já que geralmente inexistem testemunhas que presenciaram o contrato sendo firmado, de sorte que apenas o consumidor e o preposto da instituição financeira é que tiveram ciência direta da pactuação quando de sua formação. Em virtude disso, há, a respeito, no mais das vezes, tão somente a alegação do contratante, tanto acerca do dolo do banco quanto do erro dele próprio – sendo mister recordar a alhures mencionada impossibilidade de inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor, quando resulta em ônus impossível de ser vencido (prova diabólica).

Nesse tema, comumente se alega a condição particular do consumidor, notadamente quanto à idade, condições psicológicas, necessidade financeira e pouca instrução, como fatores que seriam capazes de demonstrar tanto o ardid e o dolo por parte da financeira quanto o erro por parte do contratante. O problema, contudo, é que não há prova concreta do erro ou do dolo; sua existência, regra geral, deve ser aferida do conjunto de indícios e circunstâncias, o que impede o uso da mesma medida e de idêntica resposta para todos os casos postos a Juízo, tornando a análise necessariamente casuística. De toda sorte, justamente para salvaguardar os direitos dos consumidores que buscam tal negócio jurídico é que o regulamento exige uma série de formalidades para a validade da avença.

1373

A respeito, dispõe a Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) n. 28/2008, em seu art. 3º, III, que a autorização deve ser dada “[...] de forma expressa, por escrito ou por meio eletrônico e em caráter irrevogável e irretratável, não sendo aceita autorização dada por telefone e nem a gravação de voz reconhecida como meio de prova de ocorrência”. Ainda, tangenciando o ponto, para garantia do cumprimento do adequado dever de informação, prevê a mesma normativa, em seu art. 21, que é preciso dar ciência ao consumidor, no mínimo, dos seguintes elementos:

Valor total com e sem juros; taxa efetiva mensal e anual de juros; todos os acréscimos remuneratórios, moratórios e tributários que eventualmente incidam sobre o valor do crédito contratado; valor, número e periodicidade das prestações; soma total a pagar com o empréstimo pessoal ou o limite máximo previsto para cartão de crédito; data do início e fim do desconto; valor da comissão paga aos terceirizados contratados pelas instituições financeiras para a operacionalização da venda do crédito, quando não for efetuado por sua própria rede; o número do cadastro nacional de pessoas jurídicas (CNPJ) da agência bancária que realizou a contratação quando realizado na própria rede, ou CNPJ do correspondente bancário e o número do cadastro de pessoas físicas (CPF) do agente subcontratado pelo anterior, acréscido de endereço e telefone.

Além disso, a atual redação da normativa citada, no dispositivo subsequente, exige que o contrato seja acompanhado de “termo de consentimento esclarecido”. In verbis:

Art. 21-A. Sem prejuízo das informações do art. 21, nas autorizações de descontos decorrentes da celebração de contratos de Cartão de Crédito com Reserva de Margem Consignável, o contrato firmado entre o beneficiário do INSS e a instituição consignatária deverá, obrigatoriamente, nos termos da decisão homologatória de acordo firmado na Ação Civil Pública nº 0106890-28.2015.4.01.3700, ser acompanhado de Termo de Consentimento Esclarecido - TCE, que constará de página única, reservada exclusivamente para tal documento, constituindo-se instrumento apartado de outros que formalizem a contratação do Cartão de Crédito Consignado, e conterà, necessariamente: I – expressão “TERMO DE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO”, inserida na parte superior do documento e com fonte em tamanho quatorze; II – abaixo da expressão referida no inciso I do caput, em fonte com tamanho onze, o texto: “Em cumprimento à sentença judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 106890-28.2015.4.01.3700, 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Luís/MA, proposta pela Defensoria Pública da União”; III – nome completo, CPF e número do benefício do cliente; IV – logomarca da instituição financeira; VI – necessariamente como última informação do documento, espaço para preenchimento de local, data e assinatura do cliente; VII – as seguintes inscrições, todas registradas em fonte com tamanho doze e na ordem aqui apresentada: a) Contratei um Cartão de Crédito Consignado; b) Fui informado que a realização de saque mediante a utilização do meu limite do Cartão de Crédito Consignado ensejará a incidência de encargos e que o valor do saque, acrescido destes encargos, constará na minha próxima fatura do cartão; c) A diferença entre o valor pago mediante consignação (desconto realizado diretamente na remuneração/benefício) e o total da fatura poderá ser paga por meio da minha fatura mensal, o que é recomendado pelo (nome da instituição financeira), já que, caso a fatura não seja integralmente paga até a data de vencimento, incidirão encargos sobre o valor devido, conforme previsto na fatura; d) Declaro ainda saber que existem outras modalidades de crédito, a exemplo do empréstimo consignado, que possuem juros mensais em percentuais menores; e) Estou ciente de que a taxa de juros do cartão de crédito consignado é inferior à taxa de juros do cartão de crédito convencional; f) Sendo utilizado o limite parcial ou total de meu cartão de crédito, para saques ou compras, em uma única transação, o saldo devedor do cartão será liquidado ao final de até (número de meses), contados a partir da data do primeiro desconto em folha, desde que: 1. eu não realize outras transações de qualquer natureza, durante todo o período de amortização projetado a partir da última utilização; 2. não ocorra a redução/perda da minha margem consignável de cartão; 3. os descontos através da consignação ocorram mensalmente, sem interrupção até o total da dívida; 4. eu não realize qualquer pagamento espontâneo via fatura; e 5. não haja alteração da taxa dos juros remuneratórios; g) Para tirar dúvidas acerca do contrato ora firmado, inclusive sobre informações presentes nesta Termo de Consentimento, o cliente poderá entrar em contato gratuitamente com o (nome da instituição financeira) através do Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC (identificar número telefônico) e de sua Ouvidoria (identificar número telefônico) (BRASIL, 2008).

Como se vê, exige-se termo com inúmeros detalhes especificamente declarados no documento, merecendo destaque a alínea “d” do inciso VII do art. 21-A, que prevê a inserção de frase atinente à ciência de que existem outras modalidades de crédito em que incidem juros menores (como o anteriormente indicado empréstimo consignado). Tais especificações, que explicam o pacto em suas minúcias, são absolutamente suficientes para que a instituição financeira cumpra o dever legal de informação.

No tocante à abusividade, a tese é a de que, justamente por existirem outras modalidades negociais em que os juros do empréstimo são menores, estaria a instituição financeira atuando em descompasso com os deveres legais, ao deixar de oferecer ao cliente a opção que lhe é mais vantajosa. Nesse tópico, há que se anotar que o contrato de RMC não é idêntico ao de empréstimo consignado; embora em ambas o banco disponibilize valor ao devedor, somente neste a instituição tem garantia do pagamento do valor integral. Lado outro, naquele, a garantia é relativa somente ao valor mínimo mensal, de modo que incumbe ao consumidor efetuar o pagamento do valor restante, que consta na fatura. Tal fato, aliado à existência da concessão do cartão de crédito, justifica a incidência de juros maiores no contrato de RMC – que, mesmo assim, costumam ser menores que os juros afetos aos cartões de crédito convencionais.

Demais disso, há casos em que o consumidor já tem comprometida a parcela disponível de sua renda para empréstimo consignado (30%), mas a lei ainda lhe disponibiliza outra porcentagem para ajuste quanto à RMC (5%). Nessa hipótese, a tese é derruída de modo ainda mais contundente, já que (a) a lei veda a realização de empréstimo consignado, pois o limite máximo já foi atingido; (b) ao mesmo tempo, a lei permite a contratação de RMC; (c) os pactos livremente efetuados pelas partes, em obediência ao sistema normativo vigente, devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*). Em arremate, o termo de consentimento esclarecido supracitado serve também para esclarecer ao consumidor essa circunstância, isto é, existência de juros menores em outros tipos de empréstimo, como exposto anteriormente.

1375

Também por razão já mencionada – expressa previsão legal –, entende-se inviável o argumento de que ocorre venda casada. Fosse o caso, estar-se-ia entendendo que uma lei (Código de Defesa do Consumidor) é superior a outra (Lei n. 10.820/2003). Ocorre que ambas estão em idêntico patamar, inexistindo, entre ambas, superioridade hierárquica. Além disso, inviável também o uso do critério cronológico para se considerar aplicação do CDC em detrimento da Lei n. 10.820/2003, já que a segunda é posterior. Na verdade, não há conflito normativo, mas mero conflito aparente, por uma razão mui singela: é impossível interpretar que um determinado negócio jurídico é ilegal, se há lei especial que expressamente o admita e regulamenta.

A única forma de afastá-lo seria declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 10.820/2003, ponto que sequer costuma ser agitado. Em suma, se o negócio jurídico firmado não se revelou vantajoso à parte autora, gerando arrependimento posterior ao uso

dos recursos financiados, trata-se, tão somente, de questão inerente ao mercado de consumo, não havendo como atribuir ao banco seu descontentamento em relação aos termos da avença celebrada – desde que, por óbvio, tenham sido rigorosamente obedecidos os ditames das outrora indicadas normativas de regência.

3.2 Reserva de Margem Consignável e os vícios contratuais suscitados

Geralmente, em ações judiciais que discutem sobre o contrato de RMC, o consumidor não impugna a veracidade do pacto ou sua assinatura nele aposta. A insurgência se volta contra o conteúdo – no mais das vezes argumentando existência de vícios como dolo, erro, informação inadequada, abusividade e venda casada. Sobre o primeiro, ensina a doutrina que “dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Consiste em sugestões ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro” (GONÇALVES, 2018, p. 414-415).

Aqui, há uma ação de um dos contratantes, para obter uma vantagem, em detrimento do outro contratante, ludibriado. Já o erro “é um engano fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito, que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico” (TARTUCE, 2020, n.p.). A teor do art. 138 do Código Civil, o erro torna o negócio anulável, desde que o erro seja substancial, isto é, possa ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias em que o negócio foi celebrado.

Quanto a esses dois vícios, muito embora frequentemente alegados, o reconhecimento é, entende-se, problemático, já que geralmente inexistem testemunhas que presenciaram o contrato sendo firmado, de sorte que apenas o consumidor e o preposto da instituição financeira é que tiveram ciência direta da pactuação quando de sua formação. Em virtude disso, há, a respeito, no mais das vezes, tão somente a alegação do contratante, tanto acerca do dolo do banco quanto do erro dele próprio – sendo mister recordar a alhures mencionada impossibilidade de inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor, quando resulta em ônus impossível de ser vencido (prova diabólica).

Nesse tema, comumente se alega a condição particular do consumidor, notadamente quanto à idade, condições psicológicas, necessidade financeira e pouca instrução, como fatores que seriam capazes de demonstrar tanto o ardil e o dolo por parte da financeira quanto o erro por parte do contratante. O problema, contudo, é que não há prova concreta do erro ou do dolo; sua existência, regra geral, deve ser aferida do conjunto de indícios e

circunstâncias, o que impede o uso da mesma medida e de idêntica resposta para todos os casos postos a Juízo, tornando a análise necessariamente casuística. De toda sorte, justamente para salvaguardar os direitos dos consumidores que buscam tal negócio jurídico é que o regulamento exige uma série de formalidades para a validade da avença.

A respeito, dispõe a Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) n. 28/2008, em seu art. 3º, III, que a autorização deve ser dada “[...] de forma expressa, por escrito ou por meio eletrônico e em caráter irrevogável e irretratável, não sendo aceita autorização dada por telefone e nem a gravação de voz reconhecida como meio de prova de ocorrência”. Ainda, tangenciando o ponto, para garantia do cumprimento do adequado dever de informação, prevê a mesma normativa, em seu art. 21, que é preciso dar ciência ao consumidor, no mínimo, dos seguintes elementos:

Valor total com e sem juros; taxa efetiva mensal e anual de juros; todos os acréscimos remuneratórios, moratórios e tributários que eventualmente incidam sobre o valor do crédito contratado; valor, número e periodicidade das prestações; soma total a pagar com o empréstimo pessoal ou o limite máximo previsto para cartão de crédito; data do início e fim do desconto; valor da comissão paga aos terceirizados contratados pelas instituições financeiras para a operacionalização da venda do crédito, quando não for efetuado por sua própria rede; o número do cadastro nacional de pessoas jurídicas (CNPJ) da agência bancária que realizou a contratação quando realizado na própria rede, ou CNPJ do correspondente bancário e o número do cadastro de pessoas físicas (CPF) do agente subcontratado pelo anterior, acrescido de endereço e telefone.

1377

Além disso, a atual redação da normativa citada, no dispositivo subsequente, exige que o contrato seja acompanhado de “termo de consentimento esclarecido”. In verbis:

Art. 21-A. Sem prejuízo das informações do art. 21, nas autorizações de descontos decorrentes da celebração de contratos de Cartão de Crédito com Reserva de Margem Consignável, o contrato firmado entre o beneficiário do INSS e a instituição consignatária deverá, obrigatoriamente, nos termos da decisão homologatória de acordo firmado na Ação Civil Pública nº 0106890-28.2015.4.01.3700, ser acompanhado de Termo de Consentimento Esclarecido - TCE, que constará de página única, reservada exclusivamente para tal documento, constituindo-se instrumento apartado de outros que formalizem a contratação do Cartão de Crédito Consignado, e conterá, necessariamente: I – expressão “TERMO DE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO”, inserida na parte superior do documento e com fonte em tamanho quatorze; II – abaixo da expressão referida no inciso I do caput, em fonte com tamanho onze, o texto: “Em cumprimento à sentença judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 106890-28.2015.4.01.3700, 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Luís/MA, proposta pela Defensoria Pública da União”; III – nome completo, CPF e número do benefício do cliente; IV – logomarca da instituição financeira; VI – necessariamente como última informação do documento, espaço para preenchimento de local, data e assinatura do cliente; VII – as seguintes inscrições, todas registradas em fonte com tamanho doze e na ordem aqui apresentada: a) Contratei um Cartão de Crédito Consignado; b) Fui informado que a realização de saque mediante a utilização do meu limite do Cartão de Crédito Consignado ensejará a incidência de encargos e que o valor do saque, acrescido destes encargos, constará na minha próxima fatura do cartão; c) A

diferença entre o valor pago mediante consignação (desconto realizado diretamente na remuneração/benefício) e o total da fatura poderá ser paga por meio da minha fatura mensal, o que é recomendado pelo (nome da instituição financeira), já que, caso a fatura não seja integralmente paga até a data de vencimento, incidirão encargos sobre o valor devido, conforme previsto na fatura; d) Declaro ainda saber que existem outras modalidades de crédito, a exemplo do empréstimo consignado, que possuem juros mensais em percentuais menores; e) Estou ciente de que a taxa de juros do cartão de crédito consignado é inferior à taxa de juros do cartão de crédito convencional; f) Sendo utilizado o limite parcial ou total de meu cartão de crédito, para saques ou compras, em uma única transação, o saldo devedor do cartão será liquidado ao final de até (número de meses), contados a partir da data do primeiro desconto em folha, desde que: 1. eu não realize outras transações de qualquer natureza, durante todo o período de amortização projetado a partir da última utilização; 2. não ocorra a redução/perda da minha margem consignável de cartão; 3. os descontos através da consignação ocorram mensalmente, sem interrupção até o total da dívida; 4. eu não realize qualquer pagamento espontâneo via fatura; e 5. não haja alteração da taxa dos juros remuneratórios; g) Para tirar dúvidas acerca do contrato ora firmado, inclusive sobre informações presentes nesta Termo de Consentimento, o cliente poderá entrar em contato gratuitamente com o (nome da instituição financeira) através do Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC (identificar número telefônico) e de sua Ouvidoria (identificar número telefônico) (BRASIL, 2008).

Como se vê, exige-se termo com inúmeros detalhes especificamente declarados no documento, merecendo destaque a alínea “d” do inciso VII do art. 21-A, que prevê a inserção de frase atinente à ciência de que existem outras modalidades de crédito em que incidem juros menores (como o anteriormente indicado empréstimo consignado). Tais especificações, que explicam o pacto em suas minúcias, são absolutamente suficientes para que a instituição financeira cumpra o dever legal de informação.

1378

No tocante à abusividade, a tese é a de que, justamente por existirem outras modalidades negociais em que os juros do empréstimo são menores, estaria a instituição financeira atuando em descompasso com os deveres legais, ao deixar de oferecer ao cliente a opção que lhe é mais vantajosa. Nesse tópico, há que se anotar que o contrato de RMC não é idêntico ao de empréstimo consignado; embora em ambas o banco disponibilize valor ao devedor, somente neste a instituição tem garantia do pagamento do valor integral. Lado outro, naquele, a garantia é relativa somente ao valor mínimo mensal, de modo que incumbe ao consumidor efetuar o pagamento do valor restante, que consta na fatura. Tal fato, aliado à existência da concessão do cartão de crédito, justifica a incidência de juros maiores no contrato de RMC – que, mesmo assim, costumam ser menores que os juros afetos aos cartões de crédito convencionais.

Demais disso, há casos em que o consumidor já tem comprometida a parcela disponível de sua renda para empréstimo consignado (30%), mas a lei ainda lhe disponibiliza outra porcentagem para ajuste quanto à RMC (5%). Nessa hipótese, a tese é derruída de

modo ainda mais contundente, já que (a) a lei veda a realização de empréstimo consignado, pois o limite máximo já foi atingido; (b) ao mesmo tempo, a lei permite a contratação de RMC; (c) os pactos livremente efetuados pelas partes, em obediência ao sistema normativo vigente, devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*). Em arremate, o termo de consentimento esclarecido supracitado serve também para esclarecer ao consumidor essa circunstância, isto é, existência de juros menores em outros tipos de empréstimo, como exposto anteriormente.

Também por razão já mencionada – expressa previsão legal –, entende-se inviável o argumento de que ocorre venda casada. Fosse o caso, estar-se-ia entendendo que uma lei (Código de Defesa do Consumidor) é superior a outra (Lei n. 10.820/2003). Ocorre que ambas estão em idêntico patamar, inexistindo, entre ambas, superioridade hierárquica. Além disso, inviável também o uso do critério cronológico para se considerar aplicação do CDC em detrimento da Lei n. 10.820/2003, já que a segunda é posterior. Na verdade, não há conflito normativo, mas mero conflito aparente, por uma razão mui singela: é impossível interpretar que um determinado negócio jurídico é ilegal, se há lei especial que expressamente o admita e regulamenta.

A única forma de afastá-lo seria declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 10.820/2003, ponto que sequer costuma ser agitado. Em suma, se o negócio jurídico firmado não se revelou vantajoso à parte autora, gerando arrependimento posterior ao uso dos recursos financiados, trata-se, tão somente, de questão inerente ao mercado de consumo, não havendo como atribuir ao banco seu descontentamento em relação aos termos da avença celebrada – desde que, por óbvio, tenham sido rigorosamente obedecidos os ditames das outrora indicadas normativas de regência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável é, indubitavelmente, uma prodigiosa fonte de onde emanam ações judiciais: em consulta à jurisprudência realizada via site do Tribunal baiano no dia 10 de junho de 2021, com o termo de pesquisa “reserva de margem consignável”, há o retorno do expressivo número de 21.456 resultados, dos quais são 3.553 no âmbito dos Juizados Especiais e 17.903 na seara do Tribunal de Justiça.

E isso apenas em segundo grau. Destaca-se que o primeiro julgado encontrado conforme a pesquisa supracitada, em ordem cronológica, é do final de 2011 – ou seja, o tema

ainda sequer completou a primeira década na jurisprudência. Tal fato demonstra uma litigiosidade extremamente expressiva quanto à matéria, ainda mais quando se considera que todas essas ações judiciais são relativas a apenas uma das várias espécies de contratos bancários existentes em nosso país.

A existência de mais ações no Tribunal e menos ações nos Juizados Especiais é de fácil explicação: no Juizado Especial, a parte sabe de antemão que existe entendimento consolidado (o supratranscrito Enunciado XIV), que reza, se obedecidos os requisitos legais, pela regularidade da contratação – enquanto, no Tribunal, o entendimento majoritário é pelo reconhecimento da abusividade. Demais disso, no Juizado não há honorários em primeiro grau, a teor do art. 55 da Lei n. 9.099/1995. Tais fatores, aliado à relativa facilidade de concessão de gratuidade da justiça (uma vez que a maioria das pessoas que busca empréstimo via RMC não possui ganhos financeiros muito expressivos e, com isso, quase invariavelmente obtém justiça gratuita), conduzem a um número de ações pelo rito comum muito maior que pelo rito sumaríssimo do Juizado Especial.

À guisa de conclusão, da parte deste autor, e ressalvados respeitáveis entendimentos em sentido contrário, tem-se imensa dificuldade em enxergar abusividade na contratação de RMC, por um motivo deveras singular: o contrato conta com expressa previsão legal. Como exposto alhures, a lei e o regulamento não apenas preveem o negócio, mas também o detalham, em suas minúcias e pormenores, exigindo, inclusive, para afastar qualquer dúvida quanto à intenção e ciência do contratante, não apenas o instrumento do contrato, mas também um termo de consentimento esclarecido (art. 21-A, Instrução Normativa INSS n. 28/2008).

Nessa tessitura, na existência do contrato e do termo regularmente assinado pelo consumidor, somente há, entende-se, duas formas de afastar os termos pactuados: (a) existência de efetiva prova de vício na declaração de vontade (como, v.g., erro ou dolo); ou (b) reconhecimento de inconstitucionalidade da lei vigente que rege a matéria. Quanto à primeira hipótese (prova do vício), defende-se que deve se tratar de prova concreta, a ser produzida pelo consumidor, já que impossível de ser presumida tão somente pela idade do consumidor, ou mesmo pela inversão do ônus da prova em desfavor da instituição financeira, pela impossibilidade de ser produzida – ou seja, seria para o banco uma prova diabólica.

Frise-se, por oportuno, quanto às condições pessoais do consumidor, particularmente sua idade, que “o fato de ser idoso não transforma o consumidor em alguém incapaz de

compreender e se responsabilizar pelas obrigações que assume decorrentes dos negócios jurídicos por ele firmados” (TJBA, Processo n. 0004351-17.2022.8.05.0103, do Tribunal de Justiça da Bahia, rel. MARIA AUXILIADORA SOBRAL LEITE, Segunda Turma Recursal, j. 20-03-2023), sendo descabida, portanto, interpretação que automaticamente conduza o idoso à incapacidade de contratar, sem profunda análise das circunstâncias do caso concreto.

Acerca do ponto em questão, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que pressupor que os idosos possuem capacidade cognitiva e discernimento menores que a população em geral é entendimento que, “[...] a pretexto de realizar os fins protetivos colimados pela Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e pela Lei nº 8.078/1990 (CDC), acabou por dispensar tratamento discriminatório indevido a essa parcela útil e produtiva da população. 8. Idoso não é sinônimo de tolo” (STJ, REsp 1.358.057/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 25/06/2018).

Já no que pertence à segunda hipótese anteriormente aventada (inconstitucionalidade), compreende-se simplesmente não ser o caso, ante a ausência de norma constitucional efetivamente vulnerada pela anteriormente citada legislação. Sem isso, interpretação que indiscriminada e automaticamente reconhece a invalidade da espécie contratual, divorciada da análise dos meandros do caso concreto, torna a lei em letra morta e, conseqüente mente, vulnera a segurança jurídica que se espera garantida por meio da liberdade de contratar.

Por tais razões, entende-se pela validade da contratação de reserva de margem consignável, desde que ausente concreta prova de vício na declaração de vontade do contratante e, ainda, se obedecidos os requisitos pormenorizadamente previstos na lei específica e no regulamento da matéria.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05/05/2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406 (2002)**. Código civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05/05/2023.

BRASIL. **Lei n. 10.820 (2003)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.820Compilado.htm. Acesso em: 05/05/2023.

BRASIL. **Lei n. 14.131 (2021)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14131.htm. Acesso em: 05/05/2023.

BRASIL. **Lei n. 8.078 (1990)**. Código de defesa do consumidor. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 05/05/2023.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução normativa INSS n. 14 (2021)**. Diário Oficial da União (DOU) n. 75, de 23 de abril de 2021, Seção 1, p. 109. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=23/04/2021&jornal=515&página=109&totalArquivos=208>. Acesso em: 05/05/2023.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução normativa INSS n. 28 (2008)**. Diário Oficial da União (DOU) n. 94, de 19 de maio de 2008, Seção 1, p. 102-104. Disponível em: pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/05/2008&jornal=1&página=102&totalArquivos=140. Acesso em: 05/05/2023.

BRASIL. Ministério da Economia. **Exposição de motivos n. 00359/2020 ME (2020)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-1006-20.pdf. Acesso em: 05/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 106.888/ PR**. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, j. 28-3-2021, DJ 5-8-2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.1.358.057/ PR**. Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 22-5-2018, DJe 25-6-2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Disponível em: www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf. Acesso em: 05/05/2023.

1382

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 414-415.

POMODORO, Julia Ceglias. **A violação do dever de informação nos contratos de concessão de crédito e o superendividamento do consumidor**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019. Disponível em: [191.252.194.60:8080/handle/fdv/785](https://repositorio.univap.br/handle/fdv/785). Acesso em: 05/05/2023.

PRAZERES, Paulo Joviano dos; PRAZERES, Karla Luzia Alvares dos. Trajetória histórica e crítica das teorias de vinculação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e as teorias da eficácia dos direitos humanos. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 7. n. 2, p. 224-243, jul./dez. 2019. Disponível em: revistas.unaerp.br/rcd/article/download/1937/1516. Acesso em: 05/05/2023.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. 10. ed. São Paulo: Método, 2020, n.p.