

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Dos princípios constitucionais e da limitação do Poder regulamentar na área bancária — Arnaldo Wald 5
- A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 10
- Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira ? — Nelson Eizirik 25
- O contrato de venda internacional de mercadorias — Eduardo Grebler 34
- A “res speratae” e o “Shopping Center” — Antonio Cezar Lima da Fonseca 61
- Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Luciano Amaro 70

ATUALIDADES

- O “Forfaiting” (Aspectos Técnico-Jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao Comércio Internacional — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 81
- O anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e Falências — Dora Martins de Carvalho 88

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Rescisão contratual — Contrato de Adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 95

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 104

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

Advogado.

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil.

DORA MARTINS CARVALHO

Advogada, Professora Titular de Direito Comercial.

EDUARDO GREBLER

Professor Assistente da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial da USP.

LUCIANO AMARO

Professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito Mackenzie.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro — Membro da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização — Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR NA ÁREA BANCÁRIA

ARNOLDO WALD

"Quando a política do Estado se revela incapaz de garantir a estabilidade do padrão monetário, o que deveria constituir a sua principal preocupação, é preciso dar aos particulares a possibilidade de se protegerem, pela indexação, contra a degradação do poder aquisitivo da moeda". (Maurice Allais, *Pour l'Indexation*, Paris, Clément Juglar Editor, 1990, p. 28).

1. No sistema constitucional brasileiro, a intervenção do Estado no campo econômico está balizada por normas específicas e sempre depende de leis em sentido formal que, direta ou indiretamente, a autorizem. As disposições contidas nos arts. 5.º, II, 170 e 174 da Constituição de 1988 não têm simples sentido programático, mas constituem os princípios básicos que delimitam as áreas e formas do dirigismo econômico no País. Como, por outro lado, a legislação sobre Direito Privado, abrangendo o Direito Comercial, é matéria reservada à lei em sentido formal (art. 22, I), conclui-se que, somente em virtude de diplomas devidamente aprovados pelo Congresso Nacional e sancionados pelo Presidente da República, pode haver modificação dos direitos subjetivos privados das partes.

2. Imperando na nossa legislação privada os princípios da liberdade de contratar (firmar, ou não, os contratos) e da liberdade contratual (fixar o conteúdo do instrumento contratual), qualquer limitação a essas duas liberdades só pode ter a sua origem ou no texto constitucional, ou em texto legal formal devidamente amparado na Constituição Federal¹ e deve ser expressa e inequívoca.

3. Reconhece-se, assim, que a missão de elaborar normas de caráter geral e abstrato é da competência exclusiva do Poder Legislativo, exercendo o Executivo o Poder Regulamentar, seja em virtude de delegação, seja com a finalidade de complementar as normas legais ou organizar os serviços públicos. Não é possível esquecer que o Presidente da República tem, nos termos do art. 84, IV da Constituição vigente, a atribuição de baixar regulamentos "*para fiel execução das leis*". Há assim, sempre, um condicionamento do regulamento pelo texto legal, não podendo a regulamentação invadir área que constitucionalmente é considerada como da competência exclusiva da lei formal, por afetar direitos individuais ou obrigar as partes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5.º, II).

4. Salientou-se que "os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias, que surgem a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar as normas legislativas incompletas ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa".²

5. Embora admitida a existência de uma zona cinzenta de competência entre o Executivo e o Legislativo, a melhor doutrina só admite os regulamentos executivos de acordo com as determinações da lei (*secundum legem*) e os regulamentos autorizados ou delegados, quando circunscritos aos termos da delegação ou autorização (*intra legem*). A norma regulamentar que não encontra apoio na lei formal, nem dela decorre, não se limitando a tratar da organização e funcionamento dos serviços públicos é, pois, nula por ser inconstitucional.

6. Mesmo os defensores da ampla liberdade de regulamentação pelo Poder Executivo reconhecem que a sua competência desaparece quando a finalidade do diploma regulamentar consiste em obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5.º, II da CF), ou quando estabelece discriminações, violando o princípio da isonomia (art. 5.º, I), que, de acordo com a melhor interpretação, se aplica tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas.

7. É atualmente reconhecido que o Poder Regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado (art. 87) e até por outros órgãos e entidades, como as autarquias. A delegação do poder regulamentar é atualmente prevista constitucionalmente (art. 81, V e § único) e, conseqüentemente, não é mais discutida, nem pela doutrina nem pela Jurisprudência.³

8. Uma das áreas mais importantes de funcionamento do Poder Regulamentar é a que se refere ao setor que abrange as instituições financeiras, em relação ao qual, seguindo o exemplo norte-americano, foram aprovadas, no Brasil, leis que constituem um verdadeiro quadro geral ou uma moldura que define o sistema — as chamadas *lois-cadres* do Direito Francês — e que se completam por normas regulamenta-

res de nível inferior, abrangendo as Resoluções, que, todavia, só são válidas dentro dos limites fixados pela Constituição.

9. Cabe lembrar que já antes da promulgação dessas leis, em 1959, o Prof. Waldemar Ferreira⁴ suscitou, oportuna e adequadamente, a inconstitucionalidade da Portaria Ministerial 309, que constituiu a primeira regulamentação das sociedades de crédito.

10. Com a aprovação das leis básicas do mercado financeiro (Lei 4.595, de 31.12.64) e do mercado de capitais (Lei 4.728, de 14.7.65), foi reservada a competência legislativa ao Congresso Nacional, mas delegado poder normativo ao Conselho Monetário Nacional e incumbido o Banco Central do Brasil de exercer o poder de polícia nessas áreas. Na realidade, ficou o Legislativo com a competência para formular “normas estruturais”, enquanto o Conselho Monetário Nacional (CMN) passou a expedir “normas conjunturais” sobre a política da moeda e do crédito, sob a forma de resoluções, conforme bem salientou o Prof. Oscar Barreto Filho,⁵ limitando-se o Banco Central a regulamentar as disposições do Conselho.

11. Ficou claro, na ocasião, que a delegação legislativa ao Conselho Monetário Nacional não podia abranger as normas de Direito Privado, por constituírem domínio reservado à lei (art. 22, I da CF). Efetivamente, não há dúvida que nem o Poder Executivo, nem qualquer um dos seus órgãos (Conselho Monetário Nacional), ou de suas autarquias (Banco Central do Brasil), pode interferir no conteúdo das relações entre particulares, *na liberdade de contratar e na liberdade contratual*, a não ser em matéria nas quais exista lei prévia neste sentido.

12. Alguns autores admitiram que os dispositivos da Lei 4.595 tivessem as características de verdadeiras *normas*

em branco, cabendo ao Conselho Monetário Nacional preencher o seu conteúdo. A norma em branco caracteriza-se, como é sabido, pelo fato de ser integrada ou completada por outra. Assim, os poderes concedidos pela Lei 4.595 ao Conselho Monetário Nacional permitiriam que este regulamentasse, com ampla liberdade, toda a sistemática do crédito e o funcionamento das instituições financeiras no País, desde que respeitados os princípios constitucionais e as normas legais que definiram a própria competência do Conselho.

13. O poder regulamentar do Conselho Monetário Nacional se exerce, pois, numa área determinada e em virtude de uma competência específica. A área de atuação é a da política referente às instituições monetárias, bancárias e creditícias. A competência do Conselho Monetário Nacional é definida de modo exaustivo — e não simplesmente exemplificativo — no art. 4.º da Lei, devendo *sempre* as decisões por ele tomadas objetivar a política prevista no art. 3.º do mesmo diploma. A *contrario sensu*, toda regulamentação que não encontra amparo no art. 4.º é inconstitucional e, conseqüentemente, nula de pleno direito.

14. É, pois, legítima a regulamentação que se refere ao funcionamento das instituições bancárias sobre as quais as autoridades exercem poder de polícia, não somente para proteger os depositantes e investidores, mas ainda para garantir o bom desempenho do sistema financeiro nacional como um todo e atender aos interesses da política econômica do País. Assim, o poder regulamentar exercido pelo Conselho Monetário Nacional se explica e se justifica pelo fato de desempenharem, atualmente, as instituições financeiras um verdadeiro serviço público, razão pela qual só podem funcionar depois de autorizadas por *carta patente* do Banco Central

do Brasil, importando a concessão de crédito em emissão da quase moeda que é matéria de interesse público.⁶

15. Ao contrário, no que tange às instituições que não são financeiras, nem lhe são equiparadas, a regulamentação do Conselho Monetário Nacional e as determinações do Banco Central do Brasil não encontram o mínimo amparo legal para regulamentar as operações de Direito Mercantil, que a lei expressamente não reserva aos estabelecimentos bancários.

16. Tanto assim é que foi necessário um texto legislativo (a Lei 6.099 de 12.9.74) — e não uma simples Resolução — para reservar às empresas especializadas a realização de operações de arrendamento mercantil (*leasing*) e, na mencionada lei, é que se estabeleceu o apanágio de instituições financeiras em sentido estrito para contratar o *lease back*.

17. Conseqüentemente, não pode o Conselho Monetário Nacional, com base no seu poder regulamentar, considerar como operações financeiras e reservar às instituições financeiras determinados tipos de negócios não definidos, nem conceituados como tais pela legislação vigente. Somente a lei em sentido formal — aprovada pelo Congresso Nacional — é que pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5.º, II da Constituição), permitindo ou vedando que compre, venda ou assuma compromisso de comprar ou vender determinados títulos em certas condições, conforme cláusulas por elas convencionadas.

18. Ocorre que não existe proibição legal, nem texto de lei de caráter formal, que impeça a realização das operações atípicas ou mista que se enquadram na atividade econômica das partes, estando baseadas no princípio da autonomia da vontade, que continua prevalecendo no Direito Brasileiro.

19. Efetivamente, a conjugação de operações bancárias legalmente previstas com outras contratações que assegurem ao cliente, em operação autônoma, um seguro de rentabilidade ou da ausência de prejuízo, sob a forma de contrato atípico, destinado a este fim, não encontra restrições na legislação vigente, desde que não haja fraude, nem violação de normas de ordem pública.

20. O que o Conselho Monetário Nacional não pode regulamentar nem impedir, também não pode ser objeto de regulamentação por Circular.

A) A CIRCULAR NÃO É FONTE DE DIREITO

21. Como bem salienta Hely Lopes Meirelles, as Circulares e Cartas-Circulares são atos administrativos ordinários, que visam disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes, não podendo criar deveres, nem direitos, para os administrados.⁷ Acrescenta o saudoso administrativista que esses atos ordinatórios, abrangendo as Circulares, “só atuam no âmbito interno das repartições”, “não obrigam os particulares”, sendo atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao próprio regimento. Conclui, ainda, que: “Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados.”⁸

22. Aliás, a doutrina brasileira sempre entendeu que a Circular era a fórmula usada para dar conhecimento aos funcionários de uma ordem superior,⁹ que interessa tão-somente aos mesmos,^{10 e 11} não sendo norma jurídica, mas regra interna da Administração, não podendo criar novos direitos para os administrados, nem deveres para os administrados.¹²

23. A Jurisprudência tem, reiteradamente, afirmado que a Circular não substitui a Lei, não podendo criar encargos, ônus ou discriminação.¹³

24. Há, pois, um consenso entre a doutrina e a jurisprudência, tanto nacionais quanto estrangeiras, no sentido de não se admitir a Circular como fonte de Direito Administrativo, bancário ou monetário.

B) A CIRCULAR NÃO PODE SER DISCRIMINATÓRIA

25. De acordo com o princípio geral da igualdade de todos, garantido pela Constituição Federal, não se admite qualquer discriminação que não decorra da Lei e mesmo as discriminações por ela estabelecidas podem ser consideradas, conforme o caso, como sendo inconstitucionais.

26. Assim sendo, não pode a Circular do Banco Central do Brasil impedir que o particular (não instituição financeira) obtenha a cobertura dos seus riscos, mediante a compra e venda de contratos futuros.

27. Trata-se de limitação ao direito que só em virtude de lei poderia ser imposta, razão pela qual a Circular é, no particular, inconstitucional e nula de pleno direito, tanto pela incompetência específica da autoridade, como, ainda, pelo seu conteúdo discriminatório.

28. É preciso lembrar que só em virtude de lei é que foi possível afastar a aplicação da Lei de Usura às instituições financeiras, e, do mesmo modo, somente *ex vi legis* é que se poderia proibir a negociação de contratos futuros de CDI por particulares.

29. Conseqüentemente, podemos concluir que:

a) a Circular não pode estabelecer limitações à livre pactuação de contratos pelas partes:

a.1) por falta de competência da autoridade;

a.2) por violação do princípio da reserva legal que só permite discriminações *ex vi legis* e quando devidamente fundamentadas em motivos racionais amplamente justificados.

NOTAS

1. Arnoldo Wald, *Contratos e Obrigações*, 10.^a ed., S. Paulo, Ed. RT, 1992, n. 63, p. 153.
2. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo, Ed. RT, 3.^a ed., p. 87.
3. San Tiago Dantas, "Poder Regulamentar das Autarquias", in *Problemas de Direito Positivo*, Rio, Forense, 1953, p. 199; Geraldo Ataliba, "Poder Regulamentar", in *RDP* 12/82; Clenício da Silva Duarte, "Os Regulamentos Independentes", in *RDP* 16/89; Victor Nunes Lcal, "Delegações Legislativas", in *RDA* V/378 e Acórdãos do Supremo Tribunal Federal no RE 12.424 e no HC 30.355.
4. Artigo publicado in *O Estado de S. Paulo*, 6.12.59.
5. Artigo intitulado "Sociedades de Crédito Financeiro e Investimento", in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos, Econômicos e Sociais*, 2/173 e ss., 1966.
6. Arnoldo Wald, "O Regime Jurídico dos atos Bifacets", in *RDM* 48/5.
7. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16.^a ed., 1991, p. 160.
8. Idem, *ibidem*, pp. 159 e 160.
9. Alcides Cruz, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a ed., 1914, p. 65.
10. Viveiros de Castro, *Tratado...*, 3.^a ed., 1914, p. 547.
11. Themístocles Brandão Cavalcanti, *Curso...*, 6.^a ed., 1961, p. 63.
12. J. Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, 1966, v. 11, pp. 132 a 135.
13. Vide, Cretella Jr., *Tratado cit.*, p. 134.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A		H	
Anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e falências — Artigo de Dora Martins de Carvalho	88	Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa — Artigo sobre: O “forfaiting” (Aspectos técnico-jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao comércio internacional)	81
Antonio Cezar Lima da Fonseca — Artigo sobre: A “res speratae” e o “shopping center”	61	— Comentários sobre: Rescisão contratual — Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor .	95
Arnoldo Wald — Artigo sobre: Dos princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária	5	L	
Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira? — Artigo de Nelson Eizirik	25	Luciano Amaro — Artigo sobre: Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor .	70
C		Luiz Gastão Paes de Barros Leães — Artigo sobre: A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas	10
Contrato de venda internacional de mercadorias (O) — Artigo de Eduardo Grebler	34	N	
D		Nelson Eizirik — Artigo sobre: Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?	25
Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Artigo de Luciano Amaro .	70	P	
Dora Martins de Carvalho — Artigo sobre: O anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e Falências ...	88	Princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária — Artigo de Arnoldo Wald	5
E		R	
Eduardo Grebler — Artigo sobre: Contrato de venda internacional de mercadorias (O)	34	“Res speratae” e o “shopping center” — Artigo de Antonio Cezar Lima da Fonseca	61
F		Rescisão contratual — Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Comentário de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	95
“Forfaiting” (Aspectos técnico-jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao comércio internacional) — Artigo de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	81	V	
		Validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas (A) — Artigo de Luiz Gastão Paes de Barros Leães	10