

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:

FÁBIO 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 687
Tel. — (011) 607-2433 Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 — São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

DOCTRINA

- O regime jurídico da comunhão de debenturistas e as condições de validade e oponibilidade das deliberações assembleares — Arnaldo Wald 5
- Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro — Luís Fernando Schuartz 13
- Sociedade por quotas — Quotas preferenciais — José Alexandre Tavares Guerreiro 28
- A regulamentação do art. 192 da Constituição Federal. A independência do futuro Banco Central do Brasil — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 35
- Incorporação de companhia controlada — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 87

ATUALIDADES

- Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário — Arnaldo Wald 97
- O sistema judiciário japonês — Luiz Felizardo Barroso e Aloysio de Moraes 103
- O direito do consumidor e os contratos financeiros — Waldírio Bulgarelli 126

JURISPRUDÊNCIA

- Duplicata não aceita — Execução — Protesto — Maria do Céu Marques Rosado 130

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTA NÚMERO

ALOYSIO DE MORAES

Advogado e Tradutor Público Juramentado-RJ

ARNOLDO WALD

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

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Professor Assistente e Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo e Brasília

LUÍS FERNANDO SCHUARTZ

Advogado; Mestre em Direito pela Universidade de Frankfurt e Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFRJ

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

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

MARIA DO CÉU MARQUES ROSADO

Advogada em São Paulo

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tullio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

ATUALIDADES

O DIREITO DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS FINANCEIROS*

WALDÍRIO BULGARELLI

Inicialmente, quero deixar expressos meus agradecimentos aos que promoveram este simpósio, de grande oportunidade sobretudo pelos temas que aqui estão sendo aventados e minha satisfação em partilhar da banca com o Prof. Geraldo de Camargo Vidigal. O nosso tema envolve preliminarmente uma colocação conceitual e põem-se em confronto dois regimes jurídicos próprios, um representado pela Lei 4.595/64, a Lei da Reforma Bancária, e o outro representando pelo Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90. Ambos apresentam uma tipicidade específica dentro do ordenamento e, ao mencionar o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3.º, § 2.º, referente a serviços de natureza bancária, financeira, crédito e securitária, pôs-se em evidência o contraste dessas operações com o sistema próprio das relações de consumo.

O que leva o operador do direito a tentar ajustar os sistemas de operações bancárias ou de contratos financeiros, com o sistema do consumidor, até porque o Código de Defesa do Consumidor faz menções a cláusulas abusivas dos contratos, a contrato de adesão e à proteção contratual. Posta assim a questão devo esclarecer que como o meu tempo foi reduzido, tentarei resumir

minha exposição, sendo certo que trago não argumentos doutorais, mas problemas: é que a técnica atual tende a problematizar as questões, ajustando-se à velha lógica de Saint-Prix, revivendo a proposição de Cícero, através da máxima de que "une question bien posée est à moitié résolue".

A propósito, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor se esforçou em definir fornecedor, relações de consumo, consumidor, o que levou a doutrina a exercícios exagerados intelectivos conceituais que até lembram as críticas à Jurisprudência dos conceitos do velho Savigny, feitas sobretudo por Ihering, em que se destaca a do Céu dos Conceitos inserta na obra *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* na qual ridiculariza a exacerbação conceitual. Mas aqui, como a norma tem um destinatário certo, ocorre um conflito que a doutrina moderna já superou, propendendo ao invés para uma disciplina jurídica, daí porque alguns países não definiram o consumidor, limitando-se a norma a impor um regime jurídico envolvendo direitos, obrigações e responsabilidades.

De que se trata afinal a *atividade bancária*? Certamente, não partilho da visão derrotista que alardeava Bertolt Brecht, por exemplo, quando afirmava que "maior crime do que roubar um Banco é fundar um Banco". Não desconheço e a história nos revela amplamente, seus percalços e até perseguições sofridas pelos Banqueiros, nem suas mazelas, conforme, nos conta com o seu

* Palestra proferida no 1.º Fórum de Direito Econômico, patrocinado pelo 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e o Instituto dos Advogados de São Paulo, em Salvador, em 22.4.1994.

fino espírito, John Keneth Galbraith, na memorável obra *A Era da Incerteza*; mas também não ignoro, que os Bancos e as instituições financeiras que se acresceram à atividade clássica bancária apresentam uma utilidade extraordinária. Sem dúvida, que a sociedade moderna não poderia viver sem eles.

Entretanto, os Bancos sofrem no Brasil, do que poderíamos chamar de uma deficiência conceitual. Ao se buscar um conceito de Banco vai se encontrar é a definição de Instituição Financeira do art. 17 e parágrafo da Lei 4.595/64. Entretanto, não se pode deixar de observar que o nosso tão vetusto quanto desconhecido Código Comercial, dispõe no seu art. 119 que “São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio, as operações chamadas de Banco”. Aduzindo, no art. 120, que: “As operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que se operarem”. Surgiu, então para o intérprete, uma situação em que muitos acharam tratar-se de um círculo vicioso, a exemplo, do que já ocorrera com a definição de comerciante como aquele que pratica atos de comércio e sendo atos de comércio os praticados pelos comerciantes. Ora, não é bem assim, bastando que, como predicava a doutrina italiana clássica, se recorresse à noção de atividade comercial, neste caso, a bancária. E quanto a estas, terá sido talvez com a promulgação do Dec. 14.728/21, disciplinando um sistema de fiscalização bancária, que foram classificadas essas operações, e em consequência se pode entender como Bancos os que as praticavam. E é de não esquecer que muito embora um certo número de contratos bancários decorra apenas dos usos bancários, o próprio Código Comercial já se referia ao mútuo, à conta-corrente, em que aliás, proíbia o anatocismo, e à fiança.

Então, a busca da natureza da operação bancária revela que é mais decorrente dos usos e costumes, traduzindo-se essas práticas, em contratos, mercê da liberdade contratual. Hoje, contudo, não tão livre, porque a maior parte das atividades bancárias e das instituições financeiras se exprimem através de contratos de adesão, impressos, contratos formulários, títulos-contratos ou contratos-títulos. Não se devendo esquecer, a propósito, que independentemente das regras tradicionais do Direito das Obrigações insertas na parte geral do Código Civil a que, aliás o Código Comercial se remete, verifica-se a intervenção ativa e minuciosa do Conselho Monetário Nacional, infletindo sobre tais contratos e suas regras.

Então surge o problema maior de que estamos cuidando: como fazer o ajuste entre essas operações bancárias que naturalmente se exprimem nos contratos, alguns específicos, e as disposições do Código do Consumidor?

Para encaminhar o tema, — mais que isso o problema, — releva mencionar aqui que a última grande tentativa de se regular os contratos bancários, entre nós, envolveu o Projeto do Código Civil, 434-B/75, que aprovado pela Câmara, aguarda apreciação pelo Senado, sendo que na Câmara pôs-se de lado, a disciplina dos Contratos Bancários, excluída, portanto, do texto aprovado encaminhado ao Senado Federal.

Pode-se, assim, no pouco tempo que temos, resumir-se as operações bancárias em três termos: a captação, a guarda e a aplicação de recursos financeiros. O art. 17 da Lei 4.595/64 usa outros mas cremos representando o mesmo; coleta, intermediação, aplicação de recursos próprios ou de terceiros e custódia. É isso que as instituições financeiras, entre elas os Bancos, fazem: coleta, guarda e aplicação. Em termos de macroeconomia, trata-se de um serviço que os Bancos prestam à Sociedade, mas de maneira muito geral, e certamente, os serviços a

que se refere a norma do Código do Consumidor, são serviços estritamente considerados de natureza bancária, ao que acresce aqueles securitários e previdenciários.

Então, para responder a quais serviços bancários, estritamente, se refere o Código do Consumidor, há que se recorrer à visão da atual Teoria Geral do Direito. Predica ela, que para a busca da segurança e da certeza — e certamente, a segurança decorre da certeza — há que se ter em conta ao menos três pressupostos: sem esquecer a preliminar da exigência de uma lei bem feita; primeiro, o Juiz não pode deixar de julgar, deve pôr fim à lide. Mas também é sua obrigação resolver o conflito e, nem sempre pôr fim à lide, significa resolver o conflito.

O segundo, trata-se de uma interpretação ajustada da norma no ordenamento. Já dizia N. Bobbio, no seu último trabalho sobre o ordenamento jurídico, concluindo toda a sua teoria da norma (cf. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Brasília, 1989) que não é por ser jurídica que está a norma no ordenamento, mas, por estar no ordenamento é que ela é jurídica. E aqui a problema se põe pois ambos os regimes jurídicos — dos Bancos e do Consumidor — coexistem no sistema, no ordenamento.

O terceiro pressuposto para certeza do direito, é o da inegabilidade dos pontos de partida, pois há de haver um sentido básico.

Diretamente, os Bancos fornecem recursos, emprestam a moeda através do contrato fundamental que já foi chamado contrato príncipe, que é o mútuo. Autores há que acham até que a essência da atividade bancária está no mútuo, de que os outros são variantes. Portanto, os Bancos possuem um produto que se chama moeda. Fornecer moeda através do crédito, entregar o dinheiro presente pelo dinheiro futuro é serviço *stricto sensu*? Parece que não, entretanto, fica aqui o problema. A finalidade dos Bancos

é intermediar o dinheiro para a produção; já o consumo é o contrário, é para um fim determinado, que alguns autores denominam destruição. O consumidor destrói o bem, porque ao consumir vai depreciando o bem. Portanto, o consumidor é o que destrói o bem, e o Banco o que fornece o dinheiro.

Avancemos mais um pouco. Se considerarmos as operações bancárias como ativas, passivas e neutras ou acessórias, quais destas vamos caracterizar como serviço ao consumidor? Observemos a propósito que o Legislador deu ampla abrangência ao Código, nele incluindo tudo o que pode pensar em defesa do consumidor. Mas por tanto querer regulamentar acabou restringindo. E onde restringiu? No círculo fechado das relações de consumo; veja-se que § 2.º do art. 3.º do CCons. ao definir serviço submete-o ao mercado de consumo; e os contratos que envolvam crédito, art. 52, por exemplo, e os contratos de adesão, art. 54, estão todos vinculados às relações de consumo.

Haverá serviços de natureza bancária prestadas ao consumidor? A pergunta se justifica, até porque não existe um só consumidor; o Código distingue o consumidor em geral, e ainda mais uns seis subtipos que relacionei para os interessados: “consumidor coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que ajam intervindo nas relações de consumo”. § 1.º do art. 52; “consumidor vulnerável, art. 4.º, 1; consumidor carente”, art. 5.º, I; “consumidor vítima”, art. 17; “consumidor ameaçado”, art. 29 e por fim o “consumidor hipossuficiente”.

Sem termos uma definição precisa de Banco, conquanto a tenhamos de Instituição Financeira, e com tantos tipos de consumidor e havendo dúvidas sobre as relações de consumo, como ajustá-los?

Recorrendo à doutrina vamos encontrar algumas opiniões não exatamente concordes sobre o tema.

O Dr. Marcos Paulo de Almeida Salles inclui na noção de serviços bancá-

rios, o contrato de abertura de conta-corrente livremente movimentável por cheques, formulários cadastrais e outros serviços, como o cartão 24 horas, os cartões múltiplos, etc. (cf. *O Consumidor e o Sistema Financeiro*, S. Paulo, 1991), E, por último, e esta é uma questão que quero deixar para o final — sugere a aplicação por analogia das disposições do Código.

Já a Prof.^a Cláudia Lima Marques, do Rio Grande do Sul, acha que todos os contratos, exceto os trabalhistas, estão protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, e menciona a locação, compra e venda, depósito, abertura de conta-corrente, prestação de serviços profissionais, de empréstimo, de financiamento e de alienação fiduciária.

O Prof. Geraldo de Camargo Vidigal, na p. 28 do n. 22, dos *Cadernos IBCB*, o Instituto Brasileiro de Ciência Bancária que presta grandes serviços, publicando inclusive esse Boletim — ao bem qualificar as áreas próprias de produção e de consumo, aponta, como exemplo, apenas os serviços de cobrança de carnês de compras de bens de consumo, realizados por instituições financeiras, ou os serviços de bens de consumo, quando acessórios de relações de consumo.

Portanto, parece que estão todos de acordo num único ponto; a cobrança de carnês, do qual, aliás, peço licença para discordar, pois entendo que os Bancos não se integram às relações de consumo, podendo algumas instituições financeiras, através do crédito subordinar-se às normas de proteção ao consumidor.

Vejamos então à questão da analogia, e a pergunta que se impõe é: cabe aplicação analógica em regras restritivas. Já vimos que pelo princípio no *non liquet* accito pelo nosso sistema de processo, o Juiz é obrigado a julgar; se a lei for omissa, portanto houver lacuna ou mesmo não existir lei alguma, é obrigado a utilizar-se da analogia e dos princípios gerais do direito, excluída, entre nós, a hipótese consagrada no

Código suíço, de que o Juiz julgará como se legislador fosse. Ora, pode ele invocar, por exemplo, no plano contratual, fora das relações de consumo, normas específicas ditadas para o consumidor, principalmente, as que restringem direitos ou punem o contratante? Pode-se, pensar, a propósito, na invocação da analogia através da função social da norma a que está obrigado o Juiz a obedecer. Trata-se como se vê de questão delicada que certamente estará ligada a cada caso concreto.

Por derradeiro, algumas palavras sobre a proibição da chamada cláusula mandato, como vem sendo chamada, com base no inc. VIII, do art. 51 sobre cláusulas abusivas, cujo texto é bom analisar e que é o seguinte: “imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor”. Pretendeu-se assim que tal nulidade, pois dela se trata, alcançaria todos os tipos de contratos em todas as áreas da atividade econômica.

Ora, há aqui a observar, primeiramente, que a Lei consignou essa nulidade no âmbito das relações de consumo, o que não autoriza a sua expansão a outros setores.

Em segundo lugar, venho predicando que cláusulas há que exigindo do aderente que outorgue procuração não são naturalmente abusivas, decorrendo tão-só das características do negócio, e por isso denominei-as de instrumentais. Por ser assim, tem-se que se houver abusos — sobretudo nas cláusulas de garantia — o prevaricador será responsabilizado como, aliás, vem ocorrendo.

Trata-se de tema que mereceria ser explanado com maior tempo, que é justamente o que me falta aqui; mas deixo com os senhores mais esse problema, que juntamente com os demais que foram levantados e certamente outros que o serão nos debates, já constitui uma farta demonstração da riqueza do direito dos nossos dias.

Muito obrigado