

A ADIN Nº 2591 E A APLICABILIDADE DAS NORMAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Acadêmico do 9º período do Curso de Direito - UFRN

1. Introdução

Poucos acontecimentos jurídicos do século passado tiveram no direito brasileiro tanta repercussão quanto a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Isto porque a referida norma não se ateve a regulamentar uma pequena parcela de negócios jurídicos, preocupando-se em revolucionar as relações vividas na sociedade brasileira, impondo, a partir da sua vigência, o fornecimento de produtos e serviços segundo os melhores padrões de qualidade, confiabilidade e segurança.

Ao trazer expressamente em seu texto os princípios da boa-fé e da justiça contratual, considerados as vigas sustentadoras do novo direito dos contratos, o legislador ordinário provocou uma verdadeira mudança de paradigma em nosso ordenamento jurídico. O contrato então deixou de ser visto como algo estático e individual, para ser encarado como algo dinâmico e social, o que é extremamente salutar para o comércio jurídico e satisfação de interesses legítimos. Relativizou-se assim o princípio do *pacta sunt servanda*, abrindo espaço para a justiça contratual, a tutela da confiança e da boa-fé, tornando o contrato um instrumento de necessidades individuais e coletivas, e não mais um meio de acentuar a supremacia de um contratante sobre o outro para que este enriqueça as custas daquele.

No tocante especificamente às operações bancárias, é de se ressaltar que a Lei. nº 8.078/90 criou, para os que não aceitam que as atividades bancárias junto ao público sejam relações de consumo, uma ficção jurídica conceituando as atividades bancárias como objeto das relações de consumo. Diante disto não haveria razão para quaisquer questionamentos referentes à aplicabilidade ou não das normas protecionistas ao consumidor nesta modalidade de negócio jurídico. Entretanto, diante do grande montante de ações judiciais de que foram alvos, os bancos passaram a questionar a legitimidade desta lei. Quando a questão parecia em vias de se pacificar no Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹, onde se consolidava o entendimento positivo quan-

¹ O entendimento atualmente predominante no STJ defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos assinados entre o consumidor e as instituições bancárias e impõe a boa-fé às condutas das instituições financeiras, como em caso de extravio de cheque (REsp. 238.016-SP, REsp. 239.702), recusa de exibição de documentos (REsp. 246.660-SE e REsp. 207.310-DF), manutenção do devedor em cadastro quando há contestação judicial da dívida (REsp. 255.266-SP, REsp. 200.267-RS, REsp. 164.542-RS, REsp. 262.672-SE), multa moratória (REsp. 213.825-RS, REsp. 235.200-RS e REsp. 231.208-PE), capitalização forada dos casos permitidos (REsp. 235.200-RS, REsp. 258.647-RS e REsp. 244.076-MG), cumulação da comissão de permanência (REsp. 287.828-SP e AGA 296.516-SP), denegação da eleição de foro privilegiado (REsp. 190.860-MG, REsp. 159.931-SP, REsp. 201.195-SP) e poupança (REsp. 106.888-PR).

to a aplicação destas normas aos contratos bancários, o Banco Central editou, em 26 de julho de 2001, a Resolução nº 2.878, posteriormente atualizada pela Resolução nº 2.892 de 27 de setembro de 2001, o que motivou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 2591 pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), reacendendo a discussão.

Ao longo do presente trabalho, faremos uma sucinta análise no direito estrangeiro sobre o tema em questão, abordaremos os pontos de vista conflitantes existentes, para enfim nos posicionarmos a respeito do assunto.

2. A aplicação das normas de proteção do Consumidor aos Contratos Bancários no Direito Estrangeiro.

A normatização da proteção ao consumidor não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Aliás, em um mundo onde todo o sistema econômico-social dos países é direcionado e baseado na aquisição e consumo de bens e serviços, esta regulamentação é um imperativo social.

Neste contexto, o crédito possui especial destaque uma vez que constitui um fator essencial neste mecanismo de produção possibilitando aos cidadãos a satisfação das vontades e desejos que o próprio sistema suscitam em si. Assim, vejamos o que nos ensina Élcio Trujillo:

O sistema crédito bancário ocupa, em tempos atuais, ponto de destaque no sistema econômico, pois sua função não é apenas atender as necessidades de crédito das pessoas, mas também dar segurança e fomentar o próprio desenvolvimento da nação, trazendo modelo de sustentação para a economia. (TRUJILLO, Élcio. A defesa do consumidor, a relação contratual bancária e o empresário financeiro. In: Direito Bancário On Line: www.direitobancario.com.br, 20 de setembro de 2002).

Isto posto, diversos países já demonstram uma preocupação, que lhes é extremamente salutar, em proteger os clientes dos abusos praticados pelos estabelecimentos integrantes do sistema financeiro.

Cláudia Lima Marques nos chama a atenção para a existência de uma tendência cada vez maior de inclusão dos contratos de financiamento, para fins privados, pessoais, ou familiares, e os contratos de crédito direto ao

consumidor no rol dos submissos a uma proteção especial. Esta, aliás, é a situação observada na Alemanha, onde desde 1991 vigora a Lei sobre Crédito ao Consumidor que, atendendo orientação da Comunidade Européia, prevê um direito de arrependimento para os mutuários.

Na França, o entendimento doutrinário predominante, capitaneado pelo renomado autor Therry Boneau², é no sentido da aplicação das normas protecionistas ao domínio bancário.

Também no direito espanhol predomina o entendimento de que a Lei 26/1984, a que trata da defesa dos consumidores e usuários, contém em seu artigo 10, manifestações que são aplicáveis sem dúvidas aos contratos bancários³.

Já na Argentina, como leciona Juan M. Farina⁴, a tutela do cliente bancário surge como um capítulo especial dentro do direito de proteção ao consumidor (art. 36 da Lei 24.240).

No âmbito do direito interacional, Celso de Oliveira destaca as amplas discussões sobre o Direito do Consumidor realizadas entre os países do Mercosul e que culminaram com a promulgação do Protocolo de Las Leñas, onde se buscou estabelecer uma igualdade de condições jurídicas para todos os cidadãos perante a jurisdição dos Estados-membros do Mercosul, permitindo que consumidores paraguaios tenham no Brasil as mesmas facilidades de acesso à justiça que os próprios brasileiros; e o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em matéria de relações de consumo. Neste último resta bastante clara a intenção dos países integrantes do referido bloco econômico de incluir os clientes bancários entre os protegidos pelas normas protecionistas do consumidor, pois, já em seu artigo primeiro, dispõe que seu objetivo é determinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de contratos em que um dos contratantes seja consumidor quando se trate de venda a prazo de bens móveis corpóreos, empréstimo a prazo ou outra operação de crédito vinculada ao financiamento da venda de bens ou qualquer outro contrato que tenha por objeto a prestação de um serviço ou a provisão de objetos móveis corpóreos⁵.

Após comentar os artigos 4º e 5º desta norma de direito internacional, nos quais fica estabelecido que as demandas originárias de contro-

² "Ce cadre subit nécessairement les influences du droit de la consommation. En particulier, la prohibition des clauses abusives, dont la détermination relève, malgré les textes, du pouvoir du juge, s'"applique" au domaine bancaire" (BONEAU, Therry, Droit bancaire. 1º ed. Montchrestien: Paris, 1994).

³ "... la tan bien intencionada como deficiente Ley 26/ 1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 10, contiene manifestaciones que son aplicables sin duda a los contratos bancarios".

(CALERO, Fernando Sánchez. Condiciones generales de los contratos bancarios. In Contratos Bancarios, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996).

⁴ "La tutela del hombre común como cliente de una entidad bancaria surge como un capítulo especial dentro del derecho de protección al consumidor" (FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos, 2º ed., Astrea: Buenos Aires, 1997)

⁵ Art. El presente Protocolo tiene por objeto determinar la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, cuando se trate de:

a) venta a plazo de bienes muebles corporales;

b) préstamo a plazo u otra operación de crédito vinculada al financiamiento de la venta de bienes;

c) cualquier otro contrato que tenga por objeto la prestación de un servicio o la provisión de los objetos muebles corporales.

vérsias entre consumidor e fornecedor deverão ser ajuizadas no domicílio do primeiro, a não ser que este por vontade própria deseje que a jurisdição internacional seja do Estado da celebração do contrato, do cumprimento da prestação do serviço ou da entrega dos bens, ou ainda do domicílio do demandado. Celso de Oliveira assim conclui o seu raciocínio:

Parece, portanto, que mais uma vez se pretendeu amenizar as desigualdades entre consumidor e fornecedor, tendo-se em vista a freqüente superioridade deste em relação àquele. O que se verifica então, é que o mesmo Regulamento que já era previsto pela Resolução 126/94 do GMC para a consolidação de normas comuns de defesa do consumidor, cuja ausência já naquele momento fez com que se estabelecesse a utilização de normas internas de cada Estado-membro para a solução de conflitos nas relações de consumo, vem agora condicionara aplicação de uma das legislações do Mercosul mais expressivas na defesa desta classe consumidora. (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do cliente bancário: à luz do código de defesa do consumidor*, 2002, p.49 e 50)

3. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Bancários no Direito Brasileiro.

3.1 Posição Contrária

Não é de hoje que as instituições financeiras buscam escapar do raio de abrangência do Código do Consumidor, utilizando os argumentos mais variados possíveis. Para tais entidades, cujas atividades práticas normalmente destoam em muito do que é apregoado pelas normas protecionistas do CDC, a submissão a tal estatuto representaria um encarecimento excessivo da sua atividade, algo inaceitável para empresas de natureza privada - principalmente para aquelas que se instalaram no Brasil para se esquivar do rigor fiscalizatório de outros países e em busca de mão de obra barata - para quem o lucro exacerbado deve ser buscado a qualquer custo.

Após uma série de derrotas nas mais diversas instâncias da jurisdição brasileira e percebendo que o posicionamento contrário aos seus inte-

resses estava se consolidando cada vez mais nos pretórios brasileiros, a CONSIF, aproveitando-se da edição da Resolução n° 2.878 do Banco Central, equivocadamente intitulada Código de Defesa do Cliente Bancário e que em seu artigo 1° expressa sua subsidiariedade em relação as normas já existentes⁶, ajuizou a ADIN n° 2591, buscando com ela ficar excluído da rigidez das normas da Lei 8.078/90, submetendo-se apenas a referida norma administrativa cuja flexibilidade é tal que pouco mais de dois meses após sua edição foi modificada por uma outra resolução do mesmo órgão de forma a atenuar o rigor da anterior, beneficiando, assim, as instituições financeiras.

A respeito desta postura adotada pelas instituições bancárias, de esquivar-se da abrangência do Código do Consumidor a qualquer custo, Osny Claro de Oliveira Júnior escreveu: “Como pode então causar tanto pavor uma lei que apenas impõe o dever da boa-fé? Será que os bancos querem liberdade legal para agir deliberadamente com má-fé objetiva ao contratar com o consumidor? Não posso acreditar que seja assim.” (OLIVEIRA JÚNIOR, Osny Claro de. A ADIN dos bancos e o Código do Consumidor. In: Jus Navigandi, n.55: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2751>, 24. Set. 2002, pág. 1 e 2)

De qualquer forma passaremos a estudar, os argumentos utilizados brilhantemente pelos festejados juristas Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Luiz Carlos Bettioli, nesta ação visando fulminar a expressão inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante do art. 3°, §2°, da Lei n° 8.078/90, por entender não ser necessária a impugnação específica de cada uma das disposições, uma vez que as demais ficariam inaplicáveis às atividades mencionadas neste dispositivo, tornando-se inconstitucional por derivação, pelo menos, no que se refere às instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional(SFN).

Ab *initio*, defendem os “bancos”, através da inteligência dos juristas supraelencados, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal por criar novos e maiores encargos e obrigações e por imputar mais responsabilidades às instituições financeiras, sendo lei ordinária uma vez que o art. 192 da Constituição Federal exige textualmente para tal a edição de lei complementar. Isto porque, segundo o seu entendimento, ao incluir todas as atividades (qualquer atividade) de natureza bancária, financeira de crédito e securitária no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, a lei ordinária pretendeu alcançar as relações próprias do SFN, invadindo campo reservado à lei complementar, além de violar o art. 5°, LIV, da CF, lesionando o princípio do devido processo legal.

⁶O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9° da Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 26 de julho de 2001, com base no art. 4°, inc. VIII da referida lei, considerando o disposto na Lei n° 4.728, de 14 de julho de 1965, e na Lei n° 6.099, de 12 de setembro de 1974, Resolveu: Art. 1°. Estabelecer que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, sem prejuízo da observância das demais disposições legais e regulamentares vigentes e aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional... (grifos nossos)

Aduzem ainda em sua peça vestibular que o conteúdo e alcance do art. 192 da CF já haveria sido bem delimitado pelo Pretório Excelso quando do julgamento da ADIN nº 4, uma vez que na ocasião decidiu-se que somente lei complementar poderia dar concreção a todas as matérias pertinentes ao SFN, contidas nesta norma, e que o regramento infraconstitucional exigido pelo Constituinte, deveria ser objeto de uma única lei complementar. Em outras palavras, defenderam na ocasião os doutrinadores a tese de que quaisquer ônus, encargos, obrigações ou regulamentações de seja qual for a espécie, referentes às instituições financeiras públicas e privadas, somente poderiam ser realizadas por meio de lei complementar, nunca por meio de lei ordinária.

Outro argumento então utilizado foi o de que o legislador ordinário teria incorrido no grave equívoco de não respeitar a distinção implícita na Constituição Federal entre consumidor e cliente de instituição financeira. Isto porque o título VII da Constituição Federal, intitulado “Da ordem Econômica e Financeira”, encontra-se dividido em quatro capítulos, os três primeiros referentes à Ordem Econômica e o último ao SFN. Como no primeiro capítulo está consagrada a Defesa do Consumidor como princípio geral da ordem econômica e apenas no último a Constituição determina que o SFN seja regulado por lei complementar, o legislador constituinte teria distinguido proposadamente consumidor e cliente de instituição financeira, completando ainda que tal diferenciação mereceria aplauso em razão das peculiaridades existentes neste tipo de atividade, como se pode concluir a partir do trecho que passamos a transcrever:

É de se ressaltar, por exemplo, que as instituições financeiras não trabalham com dinheiro próprio, mas de terceiros. A pretensão de aplicar-lhes regras de consumo - que não se amoldam às peculiaridades das operações bancárias - podem atingir, de rigor, os correntistas e aplicadores que ofertam recursos ao sistema para serem repassados, mediante guarda ou aplicação, em vez de mantê-los guardados em casa ou no cofre das empresas. Vale dizer a proteção a alguns consumidores representaria, na verdade violação ao direito de outros consumidores, ou seja, dos demais usuários da instituição, titulares dos recursos do sistema. Não há, pois, como admitir o exercício do direito do consumidor contra o próprio consumidor, ou, o que é pior, de forma a pôr em ris-

co os direitos dos correntistas e investidores. (WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva e BETTIOL, Luiz Carlos. Da inconstitucionalidade da expressão “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”, contida no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº15, São Paulo: janeiro-março de 2002 pág. 295 à 314).

Outra reclamação feita pela CONSIF, por intermédio dos doutrinadores já repetidamente mencionados foi a de que a Lei nº 8.078/90 teria ampliado o leque de legitimados para questionar em nome próprio e, sobretudo, em nome alheio a atuação das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional, o que conflitaria com as normas do Banco Central do Brasil (BACEN) e do Conselho Monetário Nacional (CMN) a que estão sujeitas as instituições financeiras, de acordo com as disposições da Lei 4.595/64, recepcionada em parte como lei complementar, a teor do art. 192 da CF. Os renomados juristas alegam que tratar de forma igual ao consumidor, o depositante, o mutuário e o arrendatário mercantil é tão equivocadamente equiparar consumidor a contribuinte, complementando que, se, na defesa dos direitos do consumidor, mostra-se cabível o ajuizamento de ação civil pública, o mesmo não se pode dizer nas relações oriundas do contrato de mútuo, de arrendamento mercantil ou das relações fiscais, pois essas hipóteses prestígiam reações pautadas em direito pessoais e disponíveis, nas quais inexistem um direito ao crédito.

Também foi questionada a equiparação de tratamento feita entre as entidades financeiras e às demais, pois aquelas possuem peculiaridades próprias e necessidade de regulação e fiscalização específicas. Um dos motivos utilizados para justificar tais assertivas é o de que “não se poderia confundir as instituições vinculadas ao SFN com os demais fornecedores de produtos porque aqueles não podem garantir a boa qualidade de sua mercadoria, que é a moeda, produzida, garantida - e algumas vezes, no passado, manipuladas - pelo Estado”. (WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandras da Silva e BETTIOL, Luiz Carlos. *Da inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”, contida no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº15, São Paulo: janeiro-março de 2002 pág. 295 à 314).

Complementando ainda que “tampouco se lhes pode exigir concedam créditos a todas as pessoas, pois a relação creditícia é baseada na con-

fiança que o banqueiro deve ter no cliente, sob pena de gestão temerária, que, na área financeira, constitui crime”. (*Ib idem*)

Este entendimento, apesar de amplamente minoritário, tem conquistado a simpatia e a adesão de grandes doutrinadores. Entre estes merece destaque Carlos Alberto Hagström que compartilha das opiniões acima expostas, embasando seu posicionamento na competência do CMN do BACEN para fiscalizar e regular as relações entre as instituições financeiras e o público (clientes e usuários), haja vista a especialidade da atividade bancária. Em seu entendimento, três seriam as soluções para solução da controvérsia acerca da aplicação do CDC às instituições financeiras:

A primeira consistiria na criação de um código de ética ou código de conduta destinado aos atores do Sistema Financeiro onde ficariam determinados os deveres destes de adequação interna (honestidade e competência das pessoas; existência de meios e materiais suficientes; separação das atividades de que possa resultar fraude), para com o cliente (conhecer o cliente, as suas necessidades e os seus meios; ver prioridade aos interesses dos clientes e informa-los dos meios e dos resultados das operações) e deveres face ao mercado (respeitar a segurança de mercado e sua integridade, abstendo-se de manobras dolosas, manipuladoras, jogos, fraudes). Ressalta o autor ter sido esta a solução adotada em diversos países.

Uma segunda opção seria a adoção de normas legais específicas para proteção dos clientes das instituições financeiras, como fizeram França e Itália em relação aos tomadores nas operações de crédito ao consumidor. Apesar de concordarmos com o referido jurista de que esta seria uma alternativa plausível, dele discordamos quando argumenta ter sido esta a adotada pelo Brasil quando da edição das Resoluções nº 2.878 e 2.892 do CMN. Isto porque enquanto seu entendimento é no sentido de ser tal matéria concernente ao SFN, e, portanto, passível de regulamentação pelos órgãos que o integram, entendemos tratar-se de matéria eminentemente consumerista, logo somente sujeita a tratamento mediante lei ordinária. Isto posto, somente uma nova lei ordinária poderia criar normas específicas para proteção do cliente bancário, que os afastasse da proteção aos consumidores em geral.

3.2 Posição Favorável

Apesar de muito bem construídas, as razões acima apresentadas são falaciosas e não têm sido bem aceitas pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Isto porque, não podemos falar que há inconstitucionalidade no dispositivo que determina a aplicação das normas da Lei nº 8078/90 aos contratos praticados por instituições de natureza bancária, financeira, secu-

ritária, e de crédito, pois o art. 192 da Constituição, que transcreveremos a seguir, trata tão somente das normas referentes à organização do Sistema Financeiro Nacional, nada impedindo, portanto, que dispositivos referentes a defesa do consumidor dos produtos bancários e semelhantes sejam estabelecidos por uma lei ordinária. *In verbis*:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I - (...)

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador;

III - (...)

IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras pública e privadas.

Não sendo possível a existência de norma constitucional inconstitucional, pelo menos em se tratando de dispositivo constitucional originário, uma vez que a Constituição deve ser interpretada como um sistema cujos dispositivos se completam e se integram em harmonia, parece claro que o legislador constituinte originário determinou serem disciplinados por lei complementar tão somente os dispositivos referentes à organização do SFN, delegando ao legislador ordinário a regulamentação das normas de defesa do consumidor, sem, ao contrário do que defendem alguns, distinguir consumidor em geral dos clientes bancários.

Esta foi a tese defendida pelo Procuradoria Geral da República (PGR), em parecer proferido nos autos da ADIN em discussão, que entendendo ter sido a defesa do consumidor alçada a princípio da ordem econômica pelo artigo 170, V da CF, defendeu a constitucionalidade da inclusão dos serviços bancários entre os protegidos pela proteção ao consumidor, assim estatuinto:

(...) Ao assim proceder, o legislador ordinário longe esteve de afetar relações próprias do Sistema Financeiro Nacional, 'invadindo campo reservado à lei complementar'. Pela Lei 8.078 não se criam atribuições peculiares ao merca-

do e às instituições financeiras; as normas ali insculpidas não dizem respeito, absolutamente, à regulação do Sistema Financeiro, mas à proteção e defesa do consumidor, pressuposto de observância obrigatória por todos os operadores do mercado de consumo - até mesmo pelas instituições financeiras. (BRINDEIRO, Geraldo. Da inconstitucionalidade parcial da expressão "inclusive de na tureza bancária, financeira de crédito e securitária", contida no §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº16, São Paulo: abril-junho de 2002 pág. 273 à 282).

A instância máxima do *Parquet* Federal também chamou a atenção em seu pronunciamento para o fato de outros diplomas legais, de índole ordinária, tais quais a legislação previdenciária, a trabalhista e a societária, criarem, de alguma maneira, atribuições para as instituições financeiras e nem por isso serem considerados inconstitucionais e observou que não há contrariedade entre a aplicação do CDC e o que ficou decidido por ocasião da ADIN 4. Neste último caso, fundamentando suas assertivas na implausibilidade dos motivos expendidos pelo CONSIF e por entender que tal evento desafiaria, em tese, a formulação de reclamação ao STF, para assegurar a autoridade de uma sua decisão; não a propositura de nova ação direta, tendente à mera reafirmação do que fora antes assentado.

Ademais, se uma resolução promulgada por uma entidade autárquica, como é o caso do Banco Central, cria normas que regrem as atividades bancárias em relação ao tratamento para com seus clientes, deverá ter aplicação, pois, de acordo com a nossa Carta Magna e com a Lei nº 4.595/64, que apesar de lei ordinária tem-se entendido que foi recepcionada em parte como lei complementar pela nova ordem constitucional, é da competência do referido órgão fiscalizar e disciplinar a atuação dos estabelecimentos que compõe o SFN. O que não nos parece razoável é pretender-se que esta norma se sobreponha a uma lei democraticamente aprovada pelos representantes populares, dentro dos ditames constitucionais.

Principalmente porque, no tocante às relações de consumo, as regras da Lei nº 8.078/90 são especiais em relação a quaisquer outras. Esse é inclusive o entendimento que vem prevalecendo em relação as determinações do novo Código Civil, que entrou em vigor no último mês de janeiro, as quais não revogarão as regras do CDC, a despeito de serem posteriores.

O simples fato das instituições financeiras trabalharem com recursos de terceiros não torna o consumidor poupador, que dispõe dos recursos posteriormente reempregados na forma de empréstimo aos demais, o lado ativo da relação de consumo, pois este será preenchido sempre por aquele que prestar o serviço, no caso o estabelecimento bancário. Aliás, diga-se ainda que a responsabilidade por eventual irregularidade detectada na relação de consumo entre cliente e instituição financeira não será suportada pelo poupador dos recursos que foram posteriormente repassados a outrem, mas sim, pela empresa que intermediou a operação, através dos recursos obtidos com o “spread” auferido nas relações bancárias.

Novamente se faz pertinente trazermos a colação a opinião do eminente Procurador Geral da República:

Não há de prosperar, por conseguinte, só porque trabalhariam os bancos com recursos de terceiros, a assertiva segundo a qual “a proteção a alguns consumidores representaria na verdade, violação ao direito de outros consumidores, ou seja, demais usuários da instituição, titulares dos recursos do sistema”. A verdade inexorável é que as instituições do Sistema Financeiro captam recursos no mercado, mediante remuneração ou não, e os repassam, na qualidade de fornecedores, aos consumidores de produtos financeiros e serviços bancários, auferindo, nessa condição, o lucro inerente à atividade econômica. (BRINDEIRO, Geraldo. Da inconstitucionalidade parcial da expressão “inclusive de na tureza bancaria, financeira de crédito e securitária”, contida no §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº16, São Paulo: abril-junho de 2002 pág. 273 à 282).

É importante ressaltar, no entanto, que apesar de a doutrina amplamente majoritária ser favorável a aplicação das normas protecionistas do CDC às operações bancárias, há dentro dela divergências de posicionamento no tocante a abrangência ou não das normas a todas as operações bancárias. Uma corrente, capitaneada por José Geraldo Brito Filomeno (FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001), entende que todas as atividades desempenha-

das pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços aos seus clientes (por exemplo, cobrança de contas de energia elétrica, água e outros serviços, ou então expedição de extratos-avisos etc.), quer na concessão de mútuos ou financiamentos para aquisição de bens, inserem-se igualmente no conceito amplo de serviços e enquadram-se indubitavelmente nos dispositivos do novo Código de Defesa do Consumidor. Outra, apesar de admitir a aplicação das normas do CDC à ampla maioria das operações bancárias busca excluir uma ou outra forma de contrato de sua abrangência por entender que só serão tuteladas aquelas situações que se enquadrarem no conceito de consumidor dado pelo próprio Código, ou seja, para ser consumidor o usuário deverá ser o destinatário final do serviço ou produto ou encontrar-se na situação prevista no art 29 deste estatuto, isto é, estar sujeito as práticas comerciais e à publicidade enganosa. Esse é o entendimento manifestado por Débora Gozzo (GOZZO, Débora. *Lei Consumerista, depósitos bancários e ação civil pública*. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 4, nº 14, São Paulo: outubro-dezembro de 2001 pág. 58 à 78).

Entretanto, esta discussão passa pela dualidade de teorias sobre o conceito de consumidor (maximalista e finalista), que pela sua complexidade e profundidade, deixo para tratar em outra ocasião, pois o tema dá ensejo a um outro trabalho.

Importa observar, no entanto, como o faz Cláudia Lima Marques, que a tendência hoje do STJ é aplicar o CDC a quase todas as relações em que esteja presente o banco. Ressalta ela também que relevante para este pretório é a presunção de vulnerabilidade dos clientes bancários. Vejamos:

A jurisprudência do STJ, porém, ensina que, na complexidade da prestação múltipla bancária e na abstração do crédito, há uma espécie de presunção de vulnerabilidade dos clientes bancários (pessoas físicas) e aceita uma fácil prova da vulnerabilidade concreta dos clientes profissionais (pessoas jurídicas, se pequenos comerciantes, firmas individuais, taxistas, empresários de porte médio etc.), como se a destinação final importante aqui fosse sempre a fática. Grandes quantias financiadas, ainda mais se internacionais e em contratação não massificada, ficam excluídas do campo de aplicação do CDC. Também fica geralmente excluído o tema dos juros. Mas a visão finalista, a importância da destinação final e a vulnerabi-

*lidade, antes explicitada está também presente e como ensina o REsp. 264126/RS, o importante para a classificação como consumidor 'stricto sensu' é a destinação final econômica: "Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualifica-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor". (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, páginas 453 à 455).*

Adiante, ressalta a referida autora que em se tratando de pessoa física, o STJ presume ser ele destinatário final dos serviços bancários e do mútuo, exemplificando com o seguinte julgado:

Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC" (AGA 296516/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 07.12.2000).

No tocante a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para defesa de uma coletividade de consumidores, não visualizo nenhum óbice a sua aplicação aos contratos bancários, desde que esteja relacionado às hipóteses legais, ou seja nos casos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos⁷. Se ficar caracterizada uma dessas hipóteses não há razão porque não se aceitar a ação civil pública, ainda que se trate de relação oriunda do contrato de mútuo ou de arrendamento mercantil.

Igualmente impertinente é a alegação de alguns adeptos da corrente finalista de que em sendo o dinheiro o produto comercializado pelo banco, não poderiam os bancos se submeterem ao regime da Lei nº 8.078/90 pois o dinheiro não é consumido, uma vez que sua função é estar sempre em circulação. Contra esta idéia surgiram na doutrina diversas contra-argumentações.

⁷ Observamos que esta última hipótese só é prevista para as relações de consumo, não sendo aplicável às outras hipóteses em que há previsão de aplicação da ação civil pública.

Nelson Nery Júnior, no prefácio que faz para a obra de Carlos Efig, defende que o produto comercializado não é o dinheiro, mas sim o crédito, e este consiste em um bem imaterial constante do § 1º do art. 3º do CDC como objeto da relação de consumo.

Adalberto Pasqualotto por sua vez, observa o seguinte:

Dentre os bens de consumo, o § 2º do art. 3º inclui expressamente os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. A oposição destes setores econômicos ao dispositivo é manifesta. Embora o dinheiro em si mesmo, não seja objeto de consumo, ao funcionar como elemento de troca, a moeda adquire a natureza de bem de consumo. As operações de crédito ao consumidor são negócios de consumo por conexão, compreendendo-se nessa classificação todos os meios de pagamento em que ocorre deferimento da prestação monetária, como cartões de crédito e cheques. Está, pois, em harmonia com o sistema considerar serviços de consumo as atividades bancárias, financeiras, creditícias e securitárias. (PASQUALOTTO, Adalberto. In: RT 666/53)

Já Celso de Oliveira (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do cliente bancário: à luz do código de defesa do consumidor*. Campinas: LZN editora, 2002), refuta aquela idéia estatuinto que a circunstância de o usuário consumidor dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor dos serviços prestados pelo banco.

Há também os que defendem que o dinheiro é um bem consumível por determinação legal do art. 51 do Código Civil*.

Cumpre destacar as razões apontadas pelo magistrado Albino Jacomel Guérios, ao analisar o recurso de agravo de instrumento 126.181-2 do TJSP, que reputamos ter encontrado a melhor solução para esta discussão:

Ainda que 'ad argumentandum' se diga que as operações bancárias não seriam ontologicamente destinadas ao consumo, são elas consideradas ex lege como serviços para os efeitos de sua caracterização como relação de consu-

* Art. 51. São consumíveis os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados a alienação.

mo. Haveria, por assim dizer, uma ficção jurídica conceituando as atividades bancárias como sendo objeto das relações de consumo.

4. Conclusão

Felizmente, visualizamos no início deste julgamento tão esperado e importante boas perspectivas de que o bom senso prevalecerá. Isto porque, além do parecer da PGR, dois votos foram proferidos antes do pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, ambos favoráveis a constitucionalidade do dispositivo que determina a aplicação das normas de defesa do consumidor as instituições bancárias e congêneres. Foram estes, o do Ministro Carlos Velloso, na qualidade de relator, entendendo que o Código de Defesa do Consumidor não conflita com as normas que regulam o sistema financeiro e deve ser aplicado às atividades bancárias, ressaltando que a Constituição de 1988 privilegiou o princípio da defesa do consumidor em vários artigos; e o do Ministro Néri da Silveira que pontuou que se não há conflito entre o conteúdo do artigo 192, que regula o Sistema Financeiro Nacional, e o Código de Defesa do Consumidor, então não há inconstitucionalidade.

Ademais, como nos informa Celso Oliveira (OLIVEIRA, Celso. ADIN 2591: o direito do consumidor e os bancos. In: Jus Navigandi, n.55 <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2741>, 13 de setembro de 2002), em recente entrevista no Diário de São Paulo, o Presidente do STF, Ministro Marco Aurélio, manteve o posicionamento a respeito do tema 'o CDC nas relações bancárias' onde afirmou ser um entusiasta do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo ainda que, em um Estado Democrático, a parte mais fraca tem que estar protegida e, neste caso, é ela o consumidor.

Se nossas previsões forem confirmadas o Brasil estará dando importante passo no sentido de proteger os consumidores bancários - que em uma sociedade eminentemente capitalista como é a nossa, representam uma parcela significativa da população - dos abusos praticados por instituições que preferem torrar rios de dinheiro para tentar se esquivar das suas responsabilidades pela via judicial, do que empregar essa quantia numa proposta de adequar-se a nova realidade imposta pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor.

5. Referências Bibliográfica

1) ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6ª ed. ver., atual. E mpl. Pelo Dr. Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2000;

- 2)BRINDEIRO, Geraldo. Da inconstitucionalidade parcial da expressão “inclusive de na tureza bancaria, financeira de crédito e securitária”, contida no §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, nº 16, São Paulo: abril-junho de 2002 pág. 273 à 282)
- 3)EFING, Antonio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;
- 4) FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001;
- 5)GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *O Código de defesa do consumidor e os contratos bancários*. *In: Jus Navigandi*, n. 47: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=720>, 24 de setembro de. 2002;
- 6)GOZZO, Débora. Lei Consumerista, depósitos bancários e ação civil pública. *In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 4, nº 14, São Paulo: joutubro-dezembro de 2001 pág. 58 à 78.
- 7)GRINOVER, Ada Pellegrini..[e tal]. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000;
- 8) HAGSTRÖM, Carlos Alberto. A disciplina do relacionamento entre as instituições financeiras e seus clientes: “Código de defesa dos clientes dos bancos”. *In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, nº 17, São Paulo: julho-setembro de 2002 pág. 29 à 58.
- 9)MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- 10)OLIVEIRA, Celso. O STF, o direito do consumidor e os contratos bancários. *In: Jus Navigandi*, n.57: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3018>, 24 de setembro de 2002;
- 11)OLIVEIRA, Celso. ADIN 2591: o direito do consumidor e os bancos. *In: Jus Navigandi*, n.55 <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2741>, 13 de setembro de 2002;

- 12) OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do cliente bancário: à luz do código de defesa do consumidor*. Campinas: LZN editora, 2002;
- 13) OLIVEIRA JÚNIOR, Osny Claro de. *A ADIN dos bancos e o Código do Consumidor*. In: Jus Navigandi, n.55: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2751>, 24 de setembro de 2002];
- 14) SENE, Leone Trida. *A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações entre clientes e instituições bancárias*. In: Jus Navigandi, n.57: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2996>, 13 de setembro de 2002;
- 15) WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandras da Silva e BETTIOL, Luiz Carlos. *Da inconstitucionalidade da expressão "inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária"*, contida no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, nº15, São Paulo: janeiro-março de 2002 pág. 295 à 314.