

RÔMULO VINÍCIUS FINATO

CONTRATOS BANCÁRIOS E RELAÇÃO DE CONSUMO

**Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Curso de Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro
Nalin**

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

RÔMULO VINÍCIUS FINATO

CONTRATOS BANCÁRIOS E RELAÇÃO DE CONSUMO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Departamento de Direito Civil, UFPR

Prof. Mestre Rodrigo Xavier Leonardo

Departamento de Direito Civil, UFPR

Prof^a. Mestre Patrícia Schneider

Departamento de Direito Civil, PUC-PR

Curitiba, 19 de Setembro de 2006

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1. Introdução	1
2. A Proteção do Consumidor como Garantia Constitucional	5
2.1. Dos Direitos Coletivos	5
2.2. Da Legislação Constitucional sobre o Direito do Consumidor	6
3. Conceito de Consumidor	11
3.1. Teoria Finalista	13
3.2. Teoria Maximalista	14
3.3. Teoria Finalista Aprofundada	16
3.4. Da Aplicação do CDC por equiparação.....	20
4. Conceito de Fornecedor	24
5. Da Aplicação do CDC aos Contratos Bancários	27
5.1. Posições Contrárias à Aplicação do CDC aos Contratos Bancários	32
6. Da Súmula 297 do STJ e Jurisprudências que a antecederam	38
7. Da Adin 2.591	46
7.1. Da Fundamentação da Adin 2.591	47
7.2. Posicionamentos acerca da Adin	51
7.2.1. Do Posicionamento de Cláudia Lima Marques	52
7.3. Do Julgamento da Adin	55
7.3.1. Dos Votos dos Ministros	57
8. Conclusão	62
9. Referências Bibliográficas	66
10. Anexos: Petição Inicial da Adin 2.591	69
Acórdãos que influenciaram a Súmula 267 do STJ	110

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as discussões geradas sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, trazendo uma abordagem constitucional sobre a defesa do consumidor, bem como os conceitos de consumidor e fornecedor e os problemas daí decorrentes. Ênfase foi dada à Súmula 297 do STJ e, especialmente, à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, ajuizada sob o crivo dos anseios das Instituições Financeiras na tentativa de furtar-se aos ditames impostos pelo Código de Defesa do Consumidor.

1. Introdução

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o direito brasileiro demonstrou um amadurecimento na proteção dos direitos coletivos, direitos estes cada vez mais reconhecidos pelo mundo, especialmente pelos países europeus, coadunando com a tendência de preocuparem-se com a questão da proteção de toda a coletividade, e não apenas do indivíduo singular como se este estivesse dissociado da sua sociedade. Cada vez mais se dá importância à proteção do bem estar social em detrimento ao simples individualismo.

O direito privatista dos séculos passados, preocupado em manter uma hegemonia de poucos no poder e com regras de cunho fundamentalmente patrimonialista, parece estar superado, demonstrando a evolução da sociedade brasileira. A coletividade, aos poucos, vai adquirindo seu espaço dentro da órbita dos direitos sociais e fundamentais que lhes são garantidos constitucionalmente, participando também cada vez mais das deliberações políticas e requisitando uma resposta positiva do Estado na sua proteção.

É nesse contexto que o Código de Defesa do Consumidor surge como uma evolução do nosso direito, suscitado pelos anseios de uma classe vulnerável às relações de mercado, a qual seja: a classe consumidora.

“Genericamente, os consumidores são tidos como a parte mais fraca nas relações de mercado. Por esse motivo existe um amplo consenso quanto à necessidade de proteger os interesses justificados dos consumidores diante dos empresários, compreendidos como parte ofertadora do mercado. Assim, o ponto de partida da proteção ao consumidor se define pelas relações de negócios jurídicos

celebrados entre consumidores e ofertadores no mercado”¹. Esta acertiva de Kümpel é de extrema relevância para a caracterização do pólo mais vulnerável da relação de consumidor e a proteção destes frente ao enorme poderio daqueles que ofertam produtos e serviços no mercado de consumo.

Hoje, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro trata-se da legislação consumeirista mais avançada do mundo, motivo de orgulho para o nosso povo.

Com a sua vigência, como não poderia deixar de ocorrer, muitas questões surgiram sobre a amplitude da sua aplicabilidade, especialmente pela responsabilidade trazida aos fornecedores de bens e serviços, que passam a arcar com o ônus de buscar um atendimento cada vez mais efetivo e capaz de satisfazer os anseios dos consumidores brasileiros.

Assim, veio o Código de Defesa do Consumidor também atrelar as relações comerciais praticadas pelas Instituições Financeiras e entidades afins, quando em seu artigo 3º, §2º, expressamente assim prevê:

“Art 3º...

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista”.

¹ KÜMPEL, Siegriffler. A Proteção do Consumidor do Direito Bancário e no Direito do Mercado de Capitais in Revista de Direito do Consumidor nº 52. p. 320.

Os bancos também dispõem de um poder econômico muito superior ao de uma fração substancial de sua clientela. Por isso é de se admitir que a proteção dos consumidores é de significativa importância também no ramo do direito bancário, no momento em que aqueles recorrem a serviços ou adquirem produtos financeiros dos bancos.

Por óbvio, muitas preocupações vieram às Instituições Financeiras, que deveriam a passar a se adequar às normas entabuladas pela legislação consumeirista.

Algumas regras estipuladas pelo Código de Defesa do Consumidor vieram a prejudicar enormemente os serviços prestados por estas Instituições, como a limitação da multa contratual a 2% e o instituto da inversão do ônus probatório.

Assim, as Instituições Financeiras vieram, por meio da CONSIF (Confederação Nacional do Sistema Financeiro), ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, na tentativa de declarar inconstitucional o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor descrito acima, mais especificadamente quanto ao trecho que dispõe *“inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”*.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, negar provimento à respectiva Adin, autuada sob nº 2.591.

Assim, no presente trabalho pretende-se demonstrar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que ensejaram a discussão sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, tratando-se,

preponderantemente, sob os aspectos da Adin 2.591, principalmente no que toca o seu conteúdo e o seu julgamento.

Saliente-se, por já, que não houve a possibilidade da inserção da íntegra dos votos dos Ministros do STF que participaram do julgamento da Adin, tendo em vista que ainda não foram publicados o Acórdão e os respectivos votos no Diário Oficial da União até o prazo da apresentação deste trabalho.

Logo, as menções aos votos dos Ministros que seguem ao decorrer do presente trabalho foram frutos de pesquisas via Internet, limitando-se a descrever alguns trechos dos respectivos votos que foram encontrados em *sites* via *web*, cujas referências seguem ao longo do trabalho.

2. A Proteção do Consumidor como Garantia Constitucional

2.1. Dos Direitos Coletivos

A Constituição de 1988, preocupada não apenas com a proteção dos direitos individuais, mas também com a proteção dos direitos ditos coletivos, deu tratamento inovador na tutela dos direitos de terceira geração, conforme denominação dada por André Ramos Tavares².

Segundo este Autor, ainda, os direitos de terceira geração denominam-se direitos metaindividuais, sendo “aquela parcela de interesses que pertencem a um grupo razoavelmente extenso de pessoas, que os titularizam e que possuem uma característica em comum, que as une, ainda que se trate de um laço de união extremamente débil”³.

Neste aspecto, é de fundamental importância o tratamento constitucional dado à proteção dos consumidores. Os direitos dos consumidores, segundo a definição acima dada de direitos metaindividuais, podem ser enquadrados como direitos coletivos, ou seja, de terceira geração.

Passou-se a considerar o consumidor numa categoria de pessoas em sua unidade, e não na fragmentação individual de seus componentes.

Tal perspectiva coaduna exatamente com a intenção do legislador constituinte originário quando assim dispôs no preâmbulo da nossa Carta Magna de 1988:

² TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. p. 596.

³ Op cit.

“assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus”.

A tutela do consumidor é absolutamente necessária, frente a sua vulnerabilidade nas relações de contratos de mercado, especialmente por quase sempre estar suscetível às relações de contratação em massa por meio dos chamados contratos de adesão.

Não basta apenas a garantia formal da justiça social. A tutela do consumidor, enquanto inserido no meio dos direitos coletivos e metaindividuais, sob o aspecto constitucional, foi de grande valia para a concretização da justiça social, princípio este albergado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme já visto.

2.2. Da Legislação Constitucional sobre o Direito do Consumidor

A respeito da proteção constitucional do consumidor no Brasil, André Ramos Tavares⁴ leciona: “No Brasil, a defesa do consumidor é outro princípio, como o da soberania nacional e o da propriedade, que se repete no capítulo dos princípios da ordem econômica, já que é também contemplada como um dos direitos coletivos consignados no art. 5º da Constituição Federal”.

⁴ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. p. 185.

Assim, cumpre salientar que a proteção do consumidor foi elevada ao *status* de direito e garantida fundamental, inserto no Título II da Carta Constitucional que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e no Capítulo I que versa “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Assim dispõe o art. 5º, inciso XXXII da Constituição da República:

“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Tal dispositivo demonstra a importância que o legislador constitucional deu ao tratar do consumidor brasileiro. Destaque-se que a previsão da proteção do consumidor ao nível de direito e garantia fundamental permite, inclusive, que a sociedade brasileira tenha em mente que tal proteção não poderá ser excluída do texto constitucional, nem mesmo por emenda constitucional, conforme previsão do art. 60, § 4º, inciso IV da CR/88, conforme a seguir transcrito:

“§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais”.

Há quem defenda a idéia de que a previsão do dispositivo mencionado se destinaria apenas aos direitos e garantias individuais, conforme interpretação literal. Portanto, a proteção do consumidor, enquanto direito coletivo, poderia ser revogada mediante emenda constitucional.

Porém, conforme a posição da maioria da doutrina, não acredito prosperar tal posição, sendo que a vedação da alteração via emenda constitucional

se destinaria a todos os direitos e garantias fundamentais previstas no art. 5º da CR/88, insertos no Capítulo que trata dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

A defesa do consumidor foi erigida, ainda, em princípio de toda a ordem econômica, conforme regra do art. 170, inciso V da Constituição Federal:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V – defesa do consumidor”.

Logo, mais ainda que direito e garantia fundamental, a defesa do consumidor é princípio geral que deve reger a atividade econômica brasileira junto aos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, todos previstos no art. 170 da CR/88.

Através do art. 170, inciso V da Constituição Federal, o legislador nacional positivou o reconhecimento de que o consumidor necessita ser defendido. Esse reconhecimento constitucional é fruto do desenvolvimento da idéia de que o estado liberal necessita de freios.

O art. 48 do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias) também tratou da defesa do consumidor, ao assim dispor:

“O Congresso Nacional, dentro de vinte e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Apesar de fora do prazo previsto constitucionalmente, surge assim em onze de setembro do ano de mil novecentos e noventa o Código de Defesa do Consumidor através da promulgação da Lei 8.078/90, que veio a dar efetividade às intenções do legislador constituinte em tutelar a defesa do consumidor, esta que foi elevada a categoria de direito e garantia fundamental.

A CR/88 ainda dispõe de alguns dispositivos relacionados à proteção do consumidor: arts. 220, §§ 3º e 4º e 221, que tratam dos problemas relacionados à comunicação; art. 129, inciso III, que trata da habilitação do Ministério Público para implementar a defesa dos interesses do consumidor, como categoria de interesses coletivos; art. 150, §5º, que dispõe que a lei determinará as medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços; art. 175, parágrafo único, inciso II que se refere aos direitos dos usuários de serviços públicos delegados às concessionárias e permissionários.

No entanto, mesmo diante da previsão constitucional da proteção e defesa dos direitos do consumidor brasileiro, tal proteção não pode ser tomada em seu sentido meramente normativo. Como anota Comparato, trata-se de um “princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (*public policy*)”⁵

A proteção do consumidor tem a sua origem, portanto, na Constituição Federal que, como fonte de toda a atividade estatal, emana seus princípios para todo o ordenamento jurídico. Ou seja, todos os sistemas infraconstitucionais, o

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. p. 35.

econômico, o administrativo, o tributário e, conseqüentemente, o financeiro, sofrem influencia da atenção que deve ser dada ao consumidor, cada qual com a sua particularidade e especificidade.

3. Conceito de Consumidor

Nas palavras de Cláudio Bonatto⁶, o Direito do Consumidor seria “o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e entes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência de norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa.”

O Código de Defesa do Consumidor passou a tratar, assim, das relações de consumo em que há vínculo, direto ou indireto, entre fornecedor e consumidor. Assim, pressupõe a existência de dois pólos, o fornecedor e o consumidor, ou entes a ele equiparados.

Diante disto, a legislação do consumidor tratou de firmar os conceitos de consumidor e fornecedor. Mesmo assim, o conceito de consumidor gera muitas polêmicas, criando uma dificuldade ao aplicador do direito em estabelecer quais as pessoas estariam enquadradas dentro do conceito de consumidor trazido pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, assim conceitua figura do consumidor:

“O consumidor é toda aquela pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final”.

⁶ Cláudio Bonatto, Paulo Valério Dal Pai Moraes, Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998.

O Código de Defesa do Consumidor, quando discorre da expressão “destinatário final” gera uma polêmica muito grande e amplamente discutida na jurisprudência e na doutrina brasileira. Certo é que aquele que adquire certo bem, retirando-o de circulação do mercado, é considerado destinatário final. Trata-se do caso do indivíduo que adquire certo bem ou serviços para consumo familiar.

Porém a dúvida reside naquele indivíduo que adquire certo bem para utilizá-lo em sua profissão, indagando-se se este indivíduo deve ser considerado também como destinatário final.

Quando abordamos a proteção do consumidor, é intuitivo pensarmos na proteção do não-profissional que celebra contratos com um profissional fornecedor. “É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa do consumidor todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro”. Este é o ensinamento da professora Cláudia Lima Marques⁷, que adota a posição da Teoria Finalista que será vista logo em seguida.

Diante deste conceito, destinatário final é o consumidor final que retira o bem do mercado ao adquiri-lo e colocando um fim na cadeia de produção e não utilizando o bem para continuar a produzir ou na cadeia de serviços.

E se a discussão não se bastasse a isso, ainda há a questão das pessoas jurídicas. Será que uma pessoa jurídica poderá ser considerada como consumidora?

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p 83.

A definição do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não responde estas perguntas, sendo necessário uma interpretação da expressão “destinatário final”. É salutar, portanto, definir quem é o consumidor no mercado brasileiro.

Surgiram, assim, teorias sobre a amplitude da interpretação que deveria se dar ao conceito de “destinatário final”. Passamos, assim, a tratar destas teorias.

3.1. Teoria Finalista

À luz de uma interpretação literal (visão finalista), entende-se como consumidor o destinatário final, fático e econômico.

A cadeia contratual deve se encerrar na pessoa do contratante, aquele que retira o produto ou utiliza o serviço para o consumo, como destinatário final. Assim, não poderia a pessoa comprar, por exemplo, determinado bem para revenda ou utilização para o implemento da sua atividade profissional, tendo em vista que o bem seria utilizado novamente como instrumento de produção.

Ante esse conceito, resta albergado pelo direito consumerista a figura do não-profissional, que utiliza o produto ou serviço de consumo em âmbito familiar.

Realiza-se, deste modo, uma interpretação teleológica, não bastando ser destinatário final fático do produto, retirando-o da cadeia de produção. É necessário também ser destinatário final econômico, não adquirindo o bem para revenda ou qualquer outro uso profissional, pois o bem seria novamente instrumento

de produção de riquezas, cujo valor monetário dispendido para a aquisição do bem ou serviço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

Restringe-se a figura do consumidor, desta forma, àquele que adquire um produto para uso próprio e de sua família. Não há como enquadrar, portanto, a figura do profissional como consumidor, pois o fim do Código de Defesa do Consumidor seria tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável, o que não aconteceria em caso de contrato celebrado entre dois ou mais profissionais.

Mesmo assim, nota-se uma tendência dos finalistas no sentido de uma evolução para uma posição mais branda. Daquela posição inicial mais forte, de limitação da caracterização do consumidor àquele que adquire um bem ou serviço para uso pessoal ou familiar, passou-se a reconhecer a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquire um produto fora de seu campo de especialidade.

Essa posição mais branda de alguns autores que adotam a concepção finalista, se deu em face de uma interpretação segundo o fim da norma, isto é, da proteção do mais fraco na relação de consumo.

A Teoria Finalista evoluiu a uma interpretação finalista aprofundada, onde se analisa a vulnerabilidade daquele que contrata a aquisição de bens ou serviços de um fornecedor. Mas essa interpretação extensiva será tratada logo à frente.

3.2. Teoria Maximalista

Entretanto, para alguns autores a Teoria Finalista não tem força plena, uma vez que seria um absurdo aplicar-se ao protecionismo decorrente do Código de Defesa do Consumidor, e deixar-se de aplicá-lo a situação análoga, em razão de envolvimento de um profissional que, muito embora esteja em posição de vulnerabilidade frente ao fornecedor, não empregue o produto ou serviço para seu consumo próprio.

Assim, lança-se mão da corrente maximalista, que não leva a economicidade para a análise do consumidor, não exigindo que a aquisição do produto ou serviço se dê para consumo próprio em âmbito familiar. Assim, necessária é a proteção do mercado de consumo, e não apenas a figura do consumidor não-profissional. Assim, propugna-se por uma interpretação extensiva do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Os maximalistas têm o Código de Defesa do Consumidor como um novo regulamento do mercado de consumo, e não normas destinadas apenas para proteção do consumidor não-profissional.

Segundo o professor Antônio Carlos Efig, que demonstra tendência à adoção da concepção maximalista, “o Código de Defesa do Consumidor seria um Código geral sobre consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores.”⁸

Diante do exposto, a definição dada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta

⁸ EFING, Antônio Carlos. Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor. p. 46.

corrente, a fim de que a legislação consumerista seja aplicada a um numero cada vez maior de relações no mercado. A definição de consumidor do Código de Defesa do Consumidor seria puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

Logo, consumidor do produto ou serviço é o destinatário final no sentido fático, ou seja, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome.

3.3. Teoria Finalista Aprofundada

Esta teoria resulta de uma ampliação do âmbito de alcance do sistema consumerista, tomando por base a análise da vulnerabilidade. Deve-se analisar o problema do desequilíbrio fático e jurídico existente entre as partes contratantes para que se possa realizar uma interpretação extensiva do que seja “destinatário final”, dando efetividade a que parece ser a real intenção do Código de Defesa do Consumidor que é a de proteger e abarcar todas as relações contratuais que se verificar a vulnerabilidade da parte que adquire certo bem ou serviço. Persegue-se, assim, a equidade contratual.

Nestes moldes, a análise da vulnerabilidade para fins de definir o que seja consumidor, deve cair não somente sobre o objeto, características e utilidades do produto ou serviço, mas, também, ao modo como está sendo adquirido ou prestado este serviço ou produto.

Em remate, evidencia-se que o conceito de consumidor independe do fato de ser ele o destinatário final do produto ou serviço adquirido, não guardando, ainda, relação com a circunstância de serem mencionados produtos ou serviços destinados à satisfação de interesses próprios. Em verdade, deve-se tomar em

consideração para fins de se determinar o que seja consumidor, a posição de vulnerabilidade pelo mesmo assumida na relação com o fornecedor.

O próprio Código estende a proteção dada ao consumidor mesmo àqueles que não sejam destinatários finais dos produtos ou serviços, tal como estabelecido no parágrafo único do artigo 2º e também no artigo 29 que assim dispõe:

“Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Assim, dá-se preponderância à questão da vulnerabilidade existente com relação a uma das partes contratantes, protegendo-os mesmo quando não se caracterizarem destinatários finais.

Esta nova linha, em especial do Superior Tribunal de Justiça, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade⁹.

⁹ Como leciona Marco Antônio Zanelatto, no seu artigo *Considerações Sobre o Conceito Jurídico de Consumidor*, fls. 181 da Revista de Direito do Consumidor nº 45, o Direito Alemão sofreu significativas mudanças em meados de 2000, sendo que o BGB adota a posição de consumidor como aquela pessoa que celebra um negócio jurídico cujo fim não possa ser atribuído nem à sua atividade comercial ou industrial nem à sua atividade profissional autônoma. O § 13 do BGB assim define consumidor: “Consumidor é qualquer pessoa física que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional”. Importante salientar também que, conforme definição legal de consumidor dada pelo BGB, há previsão legal expressa que a figura do consumidor limita-se à pessoa física.

A doutrinadora Cláudia Lima Marques¹⁰ distingue três tipos de vulnerabilidade: *vulnerabilidade técnica*, através da qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo; pela *vulnerabilidade jurídica ou científica*, há a falta de conhecimentos jurídicos, econômicos e de contabilidade; quando a *vulnerabilidade fática ou sócio-econômica*, trata-se do desequilíbrio existente entre fornecedor e consumidor, da supremacia daquele em face do seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço.

Assim, a configuração do consumidor deve ser tida quando presente uma das modalidades de vulnerabilidade previstas acima.

Nesse aspecto, o caso do profissional que adquire bens ou serviços poderá ser considerado consumidor sempre que concorrer uma ou mais modalidades dos tipos de vulnerabilidades analisados e quanto o produto ou serviço adquirido está fora do âmbito de sua especialidade.

Se ao advogado, por exemplo, não é admissível cogitar da sua vulnerabilidade jurídica, pode ocorrer, no entanto, no campo fático ou técnico. Também uma empresa de grande porte de venda de alimentos que adquire, por exemplo, computadores para controle informatizado de estoque, possui vulnerabilidade técnica por não lhe ser essencial compreender o funcionamento e ter conhecimentos específicos a respeito dos computadores.

É óbvio que a vulnerabilidade, seja qual for a sua modalidade, deve ser presumida relativamente, podendo-se comprovar ao contrário. Seria o caso, por exemplo, da micro-empresa que adquire peças de informática de um fornecedor

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. p. 270/273.

para, dentro do seu estabelecimento, realizar a montagem e vendas de computadores. Não me parece que haveria qualquer forma das vulnerabilidades analisadas, não podendo coadunar com a idéia de que haja relação de consumo neste tipo de contratação. E, ainda, também a aquisição dos produtos está dentro da especialidade da empresa que adquiriu as peças de informática.

Logo, parte-se de uma concepção ampliada do que seja o “destinatário final” previsto no Código de Defesa do Consumidor para caracterizar a figura do consumidor, analisando o aspecto da vulnerabilidade de uma das partes contratantes, bem como se a aquisição dos bens ou serviços serão destinados à ampliação do seu setor de comércio, ou seja, tendo correlação com a sua especialidade do ramo do comércio em que atua.

Neste sentido, se insere o consumidor quando da contratação de serviços disponibilizados pelos agentes bancários. Em que pese toda vez que alguém realiza contrato com Instituição Financeira é destinado à obtenção de crédito, e portanto, pela própria característica do dinheiro ser insumo, destina-se à circulação, não há que se concluir pela não incidência do Código de Defesa do Consumidor, já que o contratante nunca seria o destinatário final do bem ou serviço adquirido.

Afirmar que o dinheiro não pode ser considerado produto, pela sua característica de *insumo*, ou que não se cristaliza a relação de consumo nos negócios celebrados entre correntista e o banco, não passa de mero sofisma que não merece qualquer crédito.

O próprio Código Civil atual, assim como o Código Civil de 1916 conferem ao dinheiro a característica de bens consumíveis. Nos dois ordenamentos,

art. 86 do atual Código Civil e o correspondente art. 51 do Código anterior, distinguem bens materialmente consumíveis e bens juridicamente consumíveis, sendo estes últimos aqueles destinados à alienação.

Assim, a própria legislação confere a característica ao dinheiro de bem juridicamente consumível, ou seja, destinado à alienação, o que reforça a tese de que o cliente de instituições financeiras é destinatário final do dinheiro que lhe é financiado e, portanto, consumidor sob esta ótica.

Sob a análise da vulnerabilidade do contratante, que é latente frente às Instituições Financeiras, o fato destas terem o objetivo de concessão de crédito, fator de produção e circulação de riquezas, não impede a caracterização da relação de consumo.

Ainda, aquele que adquire qualquer tipo de financiamento perante uma Instituição Financeira, geralmente sob a forma de contrato de mútuo, também só se poderia cogitar de relação com a atividade fim da empresa, ou mesmo da pessoa física, se estes realizassem o financiamento para repassar esse próprio dinheiro também sob a forma de financiamento à terceiros. Seria o caso, por exemplo, da empresa de concessão de crédito que financia certo valor em uma Instituição Financeira com o intuito de repassar aos seus clientes também sob a forma de financiamento o dinheiro emprestado. Caso contrário, verificamos a vulnerabilidade e a ausência de relação com a atividade fim da empresa da parte que celebra contratos com a Instituição Financeira, configurando-se como consumidor e, portanto, estando o negócio jurídico sob a égide da proteção do Código de Defesa do Consumidor.

3.4. Da Aplicação do CDC por Equiparação.

Convém notar que o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, como já citado, equipara à figura do consumidor todo aquele que estiver exposto aos capítulos das práticas comerciais e da proteção contratual.

Assim, ainda que a relação jurídica contratada com o banco não fosse de consumo, para fins de proteção contra práticas comerciais abusivas, de publicidade ilegal (enganosa e abusiva), bem como proteção contratual (como nos casos de cláusulas abusivas, reconhecimento de onerosidade excessiva), o Código de Defesa do Consumidor equipara o contratante não-consumidor a consumidor, de sorte que pode valer-se da legislação consumeirista para deduzir sua pretensão em juízo.

A jurisprudência valoriza, deste modo, a técnica do Código de Defesa do Consumidor de instituir consumidores equiparados, ao lado da figura do consumidor *stricto sensu* adotado pela corrente finalista, passando a exercer um controle de cláusulas abusivas em contratos de adesão, por exemplo, que estariam inicialmente fora do campo de aplicação do CDC.

A justificativa da criação do instituto de “equiparação ao consumidor” reside no fato da necessidade de proteção de pessoas que, mesmo não sendo consumidoras, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado, como ocorre, por exemplo, nas propagandas enganosas que podem induzir às pessoas a adquirirem certo produto ou serviço que não condizem com a propaganda ofertada. Assim, pelo art. 29 do Código de Defesa do Consumidor se destina aos casos que o art. 2º, *caput*, não alcança o consumidor antes da conclusão do negócio jurídico. Protege os consumidores potenciais, na fase pré-contratual, das negociações preliminares e da oferta.

O legislador consumerista percebeu que o conceito padrão de consumidor não seria suficiente para garantir a aplicação do CDC a todas as situações derivadas de violação de suas normas. Por isso introduziu o conceito de consumidor por equiparação ao CDC.

O art. 2º, parágrafo único também faz referência à equiparação ao consumidor, ao dispor que a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo são equiparadas aos consumidores.

Albergou-se a coletividade de pessoas cujos interesses ou direitos são atingidos pelo desrespeito pelo fornecedor de normas da legislação consumerista. Importante frisar que não há necessidade de que os integrantes da coletividade sejam induzidos a erro e, conseqüentemente, experimentem prejuízos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais. Basta o anúncio publicitário capaz de induzi-los a erro, que já viola o direito do consumidor contra a publicidade enganosa.

Por fim, o art. 17 do Código equipara aos consumidores para os efeitos da Seção II (Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço) do Capítulo IV do Título I do Código de Defesa do Consumidor, “todas as vítimas do evento”. Esse evento é o acidente provocado pelo produto ou serviço defeituoso, do qual resultaram danos em pessoas que não participaram da relação de consumo que teve por objeto o fornecimento desse produto ou serviço com defeito.

No que diz respeito aos consumidores de produtos e serviços bancários, como será observado no presente trabalho, considera-se o cliente bancário como consumidor, ou seja, aquele que celebra contrato com Instituições

Financeiras são consideradas consumidoras, adotando-se a tendência da Teoria Finalista Aprofundada.

Porém, é importante destacar a figura da equiparação ao consumidor principalmente nos casos de propaganda enganosa. São altos os investimentos das Instituições Financeiras em propagandas na tentativa de atrair o maior número possível de clientes e consumidores. Porém, antes mesmo de que algum contrato seja celebrado entre o particular, profissional ou não, e uma instituição bancária, é de destaque o fato de que o “potencial consumidor” está albergado sob o aspecto legal contra práticas abusivas que podem ser cometidas pelas Instituições Financeiras, como nos casos de propaganda enganosa.

É um grande salto e evolução no reconhecimento de direitos pré-contratuais, criando uma responsabilidade por parte do fornecedor que veicula seu produto ou serviço em meios de propaganda e *marketing*.

4. Conceito de Fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor define fornecedor em seu art. 3º, que assim dispõe:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

A definição é ampla, assim como a definição trazida pelo Código do Consumidor quando trata do consumidor.

Mas a definição de fornecedor presume uma atividade tipicamente profissional e de uma habitualidade. Assim, exclui-se a relação travada entre dois consumidores, não profissionais.

Dois problemas surgiram com a definição de fornecedor. O primeiro diz respeito ao §2º daquele artigo, que foi objeto da Adin 2.591, e diz respeito aos serviços prestados por Instituições Financeiras. Este é o objeto do presente trabalho e será tratado mais à frente.

Um segundo problema, que é salutar descrever, trata-se também do §2º daquele dispositivo que faz a exigência da “remuneração”:

“Art 3º...

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista”.

Assim, além da profissionalidade daquele que presta o serviço, é necessário que seja remunerado, a fim de se caracterizar o fornecedor para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Inclui-se, aqui, também aqueles contratos em que for possível a identificação de uma remuneração indireta do serviço de consumo. É o que ocorre, por exemplo, com os contratos de abertura de caderneta de poupança, em que apesar do aderente muitas vezes não pagar nenhuma taxa para a manutenção da caderneta de poupança, verifica-se que a Instituição Financeira auferi um lucro através da atividade oferecida. Assim, aqui também está caracterizada a remuneração pelo serviço prestado.

Outro aspecto relevante a ser abordado ao tratarmos de fornecedor, diz respeito à solidariedade existente na cadeia de fornecedores. Isto porque o Código de Defesa do Consumidor incluiu todos aqueles que fazem parte do rol do conceito de fornecedor como responsáveis solidários.

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição a fim de oferecer ao mercado produtos e serviços para os consumidores.

O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor especifica que o sistema de proteção ao consumidor considera como fornecedores a todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e serviços, não importando com a sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor.

E o reflexo mais importante daqueles que participam desta cadeia de produção o oferecimento de produtos e serviços ao consumo é a responsabilidade solidária existente entre os participantes.

Ainda, essa responsabilidade é objetiva, ou seja, a culpa ou dolo não será objeto de prova a fim de eximir o(s) fornecedor(es) da sua responsabilidade. Assim, o importante é a prova do nexo causal entre o produto ou serviço e o dano sofrido pelo consumidor.

A única exceção deste sistema objetivo vem disposto no art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos profissionais liberais, analisando subjetivamente a responsabilidade do mesmo.

Passamos agora a tratar especificadamente da relação entre contratos bancários e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

5. Da Aplicação do CDC aos Contratos Bancários

A possibilidade do consumidor obter um serviço sob a base contratual de um mútuo, por exemplo, enquanto o fornecedor do crédito aceita financiar e esperar um certo tempo pelo pagamento da dívida é de suma importância na sociedade atual. Assim, o fornecimento de crédito ao consumo considera-se hoje um dos fatores mais importantes da atual sociedade de consumo de massa.

Assim, na sociedade atual, os contratos bancários popularizaram-se, não havendo uma camada social que não se utilize deste tipo de prestação de serviços, seja da camada mais rica da população, seja da camada mais pobre.

Por isso é extremamente necessária uma proteção do consumidor bancário, justamente pela frequência com que tais contratos são celebrados na sociedade atual, bem como frente ao poder avassalador de barganha do banco que pode existir pelas mais variadas razões. Ela pode resultar da inexperiência negocial dos clientes particulares, bem como conhecimentos insuficientes evidenciam-se sobretudo nas inovações financeiras. Os produtos financeiros podem criar dificuldades consideráveis de compreensão até a clientes do banco mais familiarizados com assuntos econômicos.

Segundo Vivante, citado por Nelson Nery Júnior, o banco é a empresa comercial que recolhe os capitais para distribuí-los sistematicamente com operações de crédito¹¹.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. Defesa do Consumidor de Crédito Bancário em Juízo in Revista de Direito Privado nº 5. p. 193.

Assim, necessário é aliar o conceito de banco ao conceito de fornecedor dado pelo Código de Defesa do Consumidor, dentro da classificação do banco como empresa e de sua atividade negocial.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a atividade negocial do banco é o crédito. Agem os bancos na qualidade de prestadores de serviço quando recebem tributos mesmo de não cliente, fornecem extratos de contas bancárias por meio de computador, etc. Podem os banco, ainda, celebrar contrato de aluguel de cofre, para a guarda de valores, igualmente inserido no conceito de relação de consumo. Suas atividade envolvem, assim, dois objetos das relações de consumo: os produtos e os serviços.

O conceito do que seja fornecedor, o qual engloba os serviços bancários, nos moldes de direito consumerista, nos é trazido pelo artigo 3º, Lei 8.078/90, o qual tem o seguinte conteúdo:

“Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços”.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista”.

Destarte, a lei expressamente elenca como fornecedores as pessoas jurídicas que desenvolvam atividade bancária.

A caracterização do banco ou instituição financeira como fornecedor está positivada no art 3º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor e especialmente no § 2º do referido artigo, o qual menciona expressamente como serviços as atividades de “natureza bancária”, financeira, de crédito.

Esta incursão no parágrafo referente aos “serviços” pode chocar, uma vez que o contrato de mútuo é um dar e neste sentido o dinheiro seria o “produto”, cujo pagamento seriam os “juros”. Assim, as Instituições Financeiras fornecem créditos, mas o contratante não seria destinatário final, tendo em vista que o crédito em si serviria para que o consumidor viesse a adquirir outros bens e serviços, não havendo um fim da cadeia produtiva.

Este argumento já foi derrubado quando na análise do conceito de consumidor no item 3.

Como bem leciona Nelson Nery Junior, “seria despropositado entender-se que o consumidor devesse ficar eternamente com o dinheiro emprestado do banco, colocando-o debaixo do colchão, para que pudesse ser considerado consumidor do crédito bancário”¹². Assim, sob um aspecto radical, seria a única forma de enquadrar o cliente bancário como consumidor.

Ainda, considerando o sistema do Código de Defesa do Consumidor, que não utiliza as definições de bem consumível do Código Civil, nem a definição

¹² NERY JUNIOR, Nelson. Defesa do Consumidor de Crédito Bancário em Juízo in Revista de Direito Privado nº 5. p. 196.

econômica deste “insumo”, mas incluem todos os bens materiais e imateriais como produtos *lato sensu* e, especialmente, um sistema que não especifica os tipos contratuais utilizados, mas sim a atividade em si e geral dos fornecedores, a lógica está em que o “produto” financeiro é o “crédito” e a captação, a administração, a intermediação e a aplicação dos recursos financeiros do mercado para o consumidor e que, a caracterização de fornecedor vem da operação bancária e financeira geral oferecida no mercado e não só dos contratados concluídos.

Ainda, segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery consignam o seguinte: “Todas as operações e contratos bancários se encontram sob o regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor. Não só os serviços bancários, expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor no art. 3º, § 2º, mas qualquer outra atividade, dado que o banco é sociedade anônima reconhecida sua atividade como sendo de comércio, por expressa determinação do Código Comercial em seu Artigo 119. Assim, as atividades bancárias são de comércio, e o comerciante é fornecedor conforme prevê o caput do Código de Defesa do Consumidor no artigo 3º. Por ser comerciante, o banco é, sempre fornecedor de produtos e serviços.”¹³

Sendo assim, não se pode considerar as instituições financeiras como alheias ao sistema insculpido no Código de Defesa do Direito do Consumidor, sob o argumento de o dinheiro não ser passível de consumo, quando a própria lei expressamente lhes confere a qualidade de fornecedoras.

Necessário destacar que a atividade peculiar dos Bancos é a realização, com intuito de lucro, de empréstimos em dinheiro ao consumidor em geral. O dizer que o mutuário repassa o dinheiro emprestado é desviar o assunto do

¹³ in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante

seu devido enfoque. O correto enfoque é o entender-se a atividade de empréstimo como uma atividade profissional dos Bancos, aliás, das instituições financeiras, e apenas delas. Somente as instituições financeiras podem, licitamente, ter como atividade profissional, o empréstimo de dinheiro; somente as instituições financeiras podem comerciar o dinheiro, obtendo lucro nestas transações.

A caracterização do banco ou instituição financeira com fornecedor, sob a incidência do Código de Defesa do Consumidor, foi muito debatida com o advento daquele micro-sistema. No entanto, até bem pouco tempo, firmou-se um entendimento pacífico, tanto no campo doutrinário, quanto no jurisprudencial, de que a legislação consumeirista era aplicável aos contratos de natureza bancária.

No entanto, com o ajuizamento da Adin 2.591, que postulava pela inconstitucionalidade do dispositivo legal do Código de Defesa de Consumidor que determinava como serviço também a atividade de natureza bancária que era posta ao mercado, o debate acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários tomou novo rumo e reabriu as discussões acerca deste assunto.

Um debate que parecia pacificado renasceu com a propositura daquela Ação Direta de Inconstitucionalidade que será abordada mais à frente.

Ainda, a aplicação da legislação de consumo às Instituições Bancárias é matéria, inclusive, de súmula do Superior Tribunal de Justiça do nosso país, Súmula esta de número 297 que determina que as relações bancárias caracterizam relação de consumo.

Nas palavras de Nelson Abrão, “a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas negociações bancárias diagnostica um campo novo e ainda pouco

explorado, dê que sua incidência implica o realinhamento de cláusulas, a proteção maior ao cliente, com a inversão do ônus da prova, conseqüentemente a reunião de subsídios direcionados a minorar os perversos efeitos das situações de abuso ou unilateralidade dos preceitos contidos nas operações bancárias.”¹⁴

5.1. Posições contrárias à aplicação do CDC aos contratos bancários.

Há ainda autores que relutam contra a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados com Instituições Financeiras.

É relevante mencionar o pensamento de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes que, ao discorrerem sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, refutam o discurso segundo o qual a atividade bancária não é caracterizada como relação de consumo”¹⁵ Assim, explicitamente o de forma direta os autores excluem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com Instituições Financeiras.

Mas ainda não são os únicos a afastarem a aplicação da legislação do consumidor ou de emitirem opiniões no sentido de diminuição da amplitude da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

A resistência dos bancos à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às suas atividades, inclusive com a iniciativa de propor uma ação direta de inconstitucionalidade, decorre do fato de que a atividade fim das

¹⁴ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. p. 369.

¹⁵ BONATTO, Cláudio, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia. Conceitos. Contratos Atuais. p. 163.

instituições financeiras, de intermediação na captação e na aplicação da poupança pública, tornar-se-ia sujeitas a regras específicas que só as autoridades monetárias poderiam impor, sob pena de se perder um comando único da economia do país. Esta é a opinião de Johan Albino Ribeiro e William Salasar¹⁶. Os autores ainda sustentam que o Código de Defesa do Consumidor contém normas absolutamente incompatíveis com a atividade bancária.

Logo, segue-se a linha de pensamento deduzida na Adin 2.591 proposta pela Consif e que será abordada mais à frente do presente trabalho. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceria regras que não condizem com o mercado financeiro, mais especificadamente, com as relações entravadas com instituições bancárias tendo em vista as suas peculiaridades.

Inclusive, já haveria um sistema protetivo do cliente e usuário do sistema financeiro. A proteção inicial dada ao cliente bancária estaria nos requisitos exigidos para a constituição de uma entidade bancária, como estudos de viabilidade econômica e mercadológica, até a análise pormenorizada da capacidade profissional dos dirigentes e controladores.

Seria justamente em defesa do cliente bancário que a atividade de intermediação financeira pode ser exercida pelas empresas devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Além disso, o Conselho Monetário Nacional, nas atribuições que lhe confere a Lei 4.595/64 (lei recepcionada como complementar pelo nosso ordenamento constitucional atual e que regula o Sistema Financeiro Nacional), pela

¹⁶ RIBEIRO, Johan Albino e SALASAR, William. O Sistema Protetivo dos Clientes Bancários: da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades Bancárias in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 32. p. 111.

Resolução 2.878/2001 teria consolidado uma série de procedimento que devem ser observados pelas Instituições Financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e prestação de serviços aos clientes e público em geral. Esse conjunto de normas, conhecido como Código de Defesa do Cliente Bancário, reproduziria integralmente os princípios do CDC e, por emanar do órgão regulador do sistema financeiro, seria seguido sem qualquer contestação pelas instituições financeiras.

Através de uma análise nas normas do Conselho Monetário Nacional, verificaríamos que a regulamentação bancária seria muito mais completa e protetiva do que o próprio Código de Defesa do Consumidor, como nos casos de previsão de proteção e segurança contra riscos, direito à informação, contra a publicidade enganosa, contra a onerosidade excessiva, pela prevenção e reparação de danos patrimoniais, acesso aos órgãos administrativos, etc.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, enquanto sistema regulamentar aplicado fora do seu campo de competência, deixaria de cumprir a sua função primordial que seria a pacificação das relações e, ao contrário, promoveria ainda mais conflitos¹⁷.

Ainda, nas palavras de Ada Pellegrini: "O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor não é uma panacéia para todos os males que o afligem, e não é por

¹⁷ Sob este aspecto, é interessante o argumento de Newton de Lucca traz quanto aduz sobre a aplicação do CDC aos contratos bancários. Este autor, em artigo publicado na Revista de Direito de Consumidor, sob o título de A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade Bancária, às pág. 87 ironiza o questionamento que autores trazem pela não aplicação do CDC aos contratos bancários, sob o enfoque de que o CDC não poderia regular matéria atinente ao sistema financeiro nacional por não ser lei complementar. Segundo Newton de Lucca, nunca ninguém questionou, por exemplo, a aplicabilidade da Lei 6.404/76 (lei ordinária) às instituições financeiras, ou de normas tributárias não necessariamente previstas pelo CTN que são, igualmente, criadas por meio de lei ordinária.

ele ter sido criado que deixaram de existir outras normas relativas às relações de consumo, e existentes dos Códigos Civil, Comercial e Penal"¹⁸.

Assim, alguns autores estendem esta idéia de não aplicação do Código de Defesa do Consumidor também aos contratos bancários.

A questão abordada não parece ter discussões de maior relevância quanto à aplicação do conceito de fornecedor trazido pelo Código de Defesa do Consumidor aos Agentes Financeiros. A problemática reside, sim, na caracterização como destinatário final daquele que celebra contrato com Instituições Financeiras.

Contraponto a visão já formulada no item 2. do presente trabalho, segundo os Autores do anteprojeto, o Código de Defesa do Consumidor leva em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial¹⁹.

E, segundo esta visão, os aderentes dos serviços bancários nunca poderiam ser considerados consumidores, posto que não celebram contratos com a finalidade de se constituírem destinatários finais do serviço prestado. Isto porque o Banco, enquanto Instituição Financeira, basicamente empresta dinheiro, e que se destina à circulação, nunca havendo, assim, um destinatário final literal.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. p. 18.

¹⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. p. 25.

Em assim sendo, o dinheiro concedido por meio de contrato estabelecido com Instituição Bancária não é elo final da cadeia produtiva, de forma que o contratante não é o destinatário final fático do bem ou serviço.

Economicamente falando, o consumo seria, portanto, o uso imediato e final de bens e serviços, satisfazendo as necessidades dos seres humanos. O consumo não seria consumo se significasse apenas o uso de um bem, a menos que seja usado como destinatário final.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu neste sentido, conforme vejamos:

"O Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, somente se aplica às relações típicas de consumo, quais sejam, aquelas entre consumidor e fornecedor, admitindo a própria lei que pessoa jurídica figure como consumidor, se destinatária final. No caso presente, tal situação não se afigura, pois a empresa embargante não pode ser considerada consumidora, porque ausente a característica de destinatária final."²⁰

E se a configuração como destinatário final literal de pessoas físicas será muito difícil em face de uma contratação de serviços bancários, as pessoas jurídicas encontram-se, então, em posição ainda mais delicada, gerando-se uma presunção *iuris tantum* de que a prestação de serviços bancários contratada se destinará a ampliação da fonte produtiva.

²⁰ EI-AC 95.04.63237-8 - RS - 2ª S. - Rel. Juiz José Germano da Silva - DJU 25.11.1998 - p. 327.

Como preleciona Nelson Nery Júnior: "para os devedores pessoa jurídica, a presunção é de que emprestam ou tomam crédito do banco para ser utilizado em sua atividade de produção, isto é, para aplicar em sua linha de produção, montagem, transformação de matéria-prima, aumento de capital de giro, pagamento de fornecedores, etc. O ônus da prova de demonstrar que emprestou como destinatário final é da pessoa jurídica que celebrou o contrato de mútuo ou crédito com o banco."²¹

Por fim, a análise da vulnerabilidade só seria aventada se presente a característica objetiva do destinatário final. Ausente a figura do destinatário final, desnecessária seria o questionamento da vulnerabilidade de uma das partes da relação contratual. Da mesma forma, a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, direito adquirido pelos consumidores de extrema importância, perde abrangência em virtude da descaracterização de muitas relações contratuais como sendo relações de consumo.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. p. 318.

6. Da Súmula 297 do STJ e as Jurisprudências que a antecederam

Como vimos, muitas foram as discussões que se consubstanciaram diante do Judiciário à respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com entidades bancárias.

Principalmente nos primeiros anos que se sucederam à vigência do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência brasileira não adotava uma posição definitiva sobre a aplicação da referida normatividade aos contratos celebrados com Instituições Financeiras. A jurisprudência nacional se inclinava quase que unânime para o lado da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, culminando com a edição da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, algumas decisões em Recursos Especiais tiveram relevância para que o Superior Tribunal de Justiça editasse a Súmula 297. Essas decisões são as seguintes:

CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCOS. CLAUSULA PENAL. LIMITAÇÃO EM 10%. 1. Os Bancos, como prestadores de Serviços especialmente contemplados no artigo 3., parágrafo segundo, estão submetidos as disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor de bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços

prestados pelo Banco. 2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (dec. 22.926/33), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do artigo 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do artigo 52, parágrafo 1., do Codecon, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários. Recurso não conhecido. Por unanimidade, não conheceram do Recurso. (RESP 57974/RS; Relator Ministro Ruy Rosado De Aguiar; Quarta Turma; Data do Julgamento 25/04/1995; DJ 9.05.1995 p. 15524; TARS vol. 97 p. 403)

Deste Acórdão, destaque-se a análise feita sobre a questão do destinatário final do serviço bancário prestado, tema já abordado anteriormente no presente trabalho. Segundo a decisão retro, não há como desconsiderar o contratante como destinatário final do serviço prestado pelo simples fato de que o bem emprestado, no caso dinheiro, será repassado a terceiro.

Assim, aquele que celebra contrato com Instituição Financeira para a obtenção de recursos financeiros é considerado destinatário final do serviço prestado pela referida instituição, não descaracterizando, portanto, a relação de consumo.

CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, parágrafo segundo, estão

submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. II Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Menezes Direito, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. (RESP 175795/RS; Relator Ministro Waldemar Zveiter; Terceira Turma; Data do julgamento 09/03/1999; DJ 10.05.1999 p. 171)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CADERNETA DE POUPANÇA. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. LITISCONSÓRCIO ATIVO. ADMISSÃO. - O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança. - ... -

Recurso especial conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos

Alberto Menezes Direito e Aldir Passarinho Júnior, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, Nancy Andrichi, Antônio de Pádua Ribeiro, Waldemar Zveiter e Sálvio de Figueiredo Teixeira. (Resp 106.888/PR; Relator Ministro César Asfor Rocha; S2 – Segunda Seção; Data do Julgamento 28.03.2001; DJ 05.08.2002 p. 196; RSTJ vol 161 p. 226).

Nesta decisão, o Ministro Relator César Asfor Rocha ainda bem esclarece, quando do momento de proferimento do seu voto, que a *“lei é suficientemente clara ao definir o que sejam consumidores e fornecedores de produtos e serviços, enquadrando expressamente, nesses conceitos, as instituições financeiras e seus clientes.”* Mais a frente, ainda complementa que *“as relações existentes entre os clientes e a instituição financeira, nelas incluída a caderneta de poupança, apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo”*.

Ainda, para o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *“o produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado”*. Logo, não haveria que se falar, assim, em ausência de destinatário final nas relações creditícias consubstanciadas nos contratos bancários, já que para aquele Ministro é concebível a adoção do dinheiro como bem juridicamente consumível e, portanto, o contratante do bem ou serviço bancário seria caracterizado com destinatário final desta contratação.

Porém, conforme na transcrição do Acórdão acima, verifica-se que foi dado provimento ao recurso por maioria dos votos, ou seja, não foi unânime o

juízo pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. Há, assim, que se destacar os votos dos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Adir Passarinho Junior.

Para o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *“existe hoje uma tendência de transformar o Código de Defesa do Consumidor em um sobredireito, esquecendo-se, até mesmo por uma ultrapassagem forçada, as regras disciplinadoras do Código Civil, sempre com o argumento extremamente importante, deveras relevante, do cenário social do país”*.

Já o Ministro Adir Passarinho Junior, as cadernetas de poupança são investimento que devem ser tratados pela legislação do Sistema Financeiro Nacional, não sendo abrangidas, portanto, pelo Código de Defesa do Consumidor. Apesar do Ministro não afirmar que todo e qualquer contrato bancário não se submeta à legislação do consumidor, ainda assim já limitou o campo de incidência da Lei 8.078/90, o que não deve coadunar com a realidade brasileira atual.

Apesar da relevância dos votos trazidos por aqueles Ministros que foram contra a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, hoje é pacífico o entendimento pela aplicação deste ordenamento a todos os tipos de contratos bancários, especialmente porque ensejam uma maior preocupação com para o contratante consumidor, face à característica de adesividade.

Assim, bem asseverou a Ministra Nancy Andrichi ao entender que o poupador é consumidor do serviço de depósito, quando proferiu o seu voto na decisão colegiada acima.

**DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL.
RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO.
JUROS REMUNERATÓRIOS. TR. COMISSÃO DE
PERMANÊNCIA. NOVAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. - Os
bancos ou instituições financeiras, como prestadores
de serviços especialmente contemplados no art. 3º, §
2º, estão submetidos às disposições do CDC. – ...**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. (RESP 387805/RS; Relator Ministro Nancy Andrichi; Terceira Turma; Data do Julgamento 27.06.2002; DJ 09.09.2002 p. 226)

Nesta decisão, a única menção ao debate da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários da Relatora Nancy Andrichi, se resumiu as seguintes palavras: *“A aplicação do CDC às relações bancárias decorre da dicção legal do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8078/90, entendimento pacificado no seio do STJ.”*

**RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO INEXISTENTE.
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. JUROS REMUNERATÓRIOS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.

1. Omissão inexistente no Acórdão recorrido, que decidiu fundamentadamente todas as questões postas na apelação. **2. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras por existir relação de consumo em relação aos respectivos clientes. Precedente da 2ª Seção.** 3. ... 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por maioria, vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Castro Filho. (RESP 298.369/RS; Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; Terceira Turma; Data do Julgamento 26.06.2003; DJ 25.08.2003 p. 296)

O Ministro Relator Carlos Alberto, quando proferiu o seu voto neste caso em específico, faz referência ao julgamento do RESP nº 106.888/PR, já visto mais acima, quando o Relator o Senhor Ministro **Cesar Asfor Rocha** consolidou

orientação no sentido de existir relação de consumo entre as instituições financeiras e os respectivos clientes, não havendo mais divergência sobre o tema.

Assim, essas decisões colegiadas acabaram por criar um entendimento pacífico dentro do Superior Tribunal de Justiça, que acabou por culminar com a edição da súmula 297, que teve a seguinte redação:

“Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

7. Da Adin 2.591

Conforme já salientado anteriormente, quando o entendimento pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Instituições Financeiras já estava pacificado pela doutrina e jurisprudência, surgiu no cenário nacional o ingresso de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal visando a desconsideração, basicamente, dos serviços bancários como relação de consumo.

Esta Adin, autuada sob nº 2.591, foi proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) em 26.12.2001, que congrega a Federação Nacional dos Bancos, a Federação Nacional das Empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários, a Federação Interestadual das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimentos, e a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização.

Assim, pretendeu a CONSIF a declaração de inconstitucionalidade do conteúdo do parágrafo segundo do artigo terceiro da Lei 8.078/90, que inclui como conceito de serviço *“qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”*, mais especificadamente quanto à inclusão dos serviços bancários como relação protegida pelo Código de Defesa do Consumidor quando expressamente dispõe *“inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”*.

Ainda, foram admitidos, como *Amicus Curiae*, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), o Instituto Brasileiro de Política e Direito do

Consumidor (BRASILCON) e a Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo.

7.1. Da Fundamentação da Adin 2.591

Pretendeu-se, através desta Adin, a inconstitucionalidade da Lei 8.078/90 que criou *“novos e maiores encargos e obrigações e ao imputar mais responsabilidades às instituições financeiras, sendo lei originária, quanto a Constituição Federal exige, textualmente, lei complementar”*²².

Assim, a Adin 2.591 postulou pela inconstitucionalidade formal e material da expressão inserta pela Lei 8.078/90, em seu art. 3º, §2º, quando inclui como serviços aqueles provenientes de “natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”.

Isto porque a Lei 8.078/90, enquanto lei ordinária, teria invadido o campo do Sistema Financeiro Nacional, este reservado à lei complementar, violando, assim, também o art. 5º, LIV da Constituição Federal, lesionando o princípio do devido processo legal.

Vejamos o que dispõe o art. 192 da Constituição de República, *caput* e incisos II e IV:

“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:

²² Página 1 da Petição Inicial da Adin 2.591

I - ...

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

III - ...

IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas”.

Logo, as matérias que dizem respeito ao Sistema Financeiro Nacional, abrangendo as atividades bancárias, financeiras, de crédito e seguros (descritos no art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor), não poderiam ser reguladas por lei ordinária, sob pena de ofender o disposto no art. 192 da Constituição Federal e, portanto, o devido processo legal.

Outrossim, a Lei 8.078/90 seria totalmente incompatível com as peculiaridades do setor financeiro, conflitando com as normas do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, a que estão sujeitas as instituições que incorporam o Sistema Financeiro Nacional, de acordo com as disposições da Lei nº 4.595/64, recepcionada como lei complementar, conforme regra do art. 192 da Constituição brasileira.

As atividades bancária, financeira, de crédito e securitária teriam perfil diferenciado das demais atividades econômicas do nosso país, estando atreladas à política monetária nacional. A lei 4.595/64 teria atribuído ao Banco Central também o

destino de controlar o Sistema Financeiro Nacional, de forma que a legislação do consumidor estaria, portanto, invadindo a competência do Banco Central.

Já existiriam regulamentações referentes à proteção dos usuários das instituições financeiras, expedidas pelos órgãos criados por lei complementar, como Banco Central e Conselho Monetário Nacional, o que demonstraria a inadequação legislativa de proceder essa proteção por meio de lei ordinária, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seria pacífica em reconhecer *“que as operações praticadas com instituições de crédito, públicas ou privadas, funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional e sob a fiscalização do Banco Central do Brasil”*²³.

A matéria atinente às atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias não poderia, logo, ser remetida ao Código de Defesa do Consumidor e à outras legislações ordinárias, posto que seria campo reservado à lei complementar e à competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. Toda e qualquer instituição privada ou pública que seja integrante do Sistema Financeiro Nacional não estaria atrelada às legislações ordinárias, inclusive ao Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, alega-se que a Constituição Federal traria uma distinção implícita entre consumidor e cliente de instituição financeira. Isto porque o título VII da Magna Carta, intitulado “Da Ordem Econômica e Financeira”, está dividido em três capítulos. Os três primeiros capítulos referem-se à Ordem Econômica e o último ao Sistema Financeiro Nacional.

²³ item 67 da Petição Inicial da Adin 2.591

Assim, o fato do art. 170, que consagra como um dos princípios gerais da Ordem Econômica a “defesa do consumidor”, estar inserido no primeiro dos quatro capítulos, diferenciaria o consumidor do cliente de instituições financeiras, já que estas últimas são tratadas apenas no art. 192 da Constituição brasileira, quando trata do capítulo do Sistema Financeiro, e que exige regulação por lei complementar.

Diante do exposto, *“justifica-se a distinção entre consumidor de produtos e usuários de serviços e cliente de instituições financeiras em virtude de razões de ordem constitucional e pelas situações peculiares existente em cada caso”*²⁴.

O fato das instituições financeiras trabalharem com dinheiro de terceiros, aplicar-lhes as regras de consumo poderia atingir os correntistas e investidores que ofertam seus recursos às instituições para que repassem aos seus clientes. Seria então violar o direito de outros “consumidores”, exercendo o direito do consumidor contra o próprio consumidor.

Diante de tudo o que foi exposto, ficaria evidenciado que a Lei 8.078/90 seria inconstitucional formal e materialmente. Sob o aspecto formal, seria inconstitucional por ferir o art. 192, *caput*, e incisos II e IV da Constituição Federal, segundo o qual a regulação do Sistema Financeiro Nacional caberia apenas à lei complementar. Sob o aspecto material, seria inconstitucional por violação ao princípio do devido processo legal conforme regra do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, bem como por não ser compatível com as peculiaridades do Sistema Financeiro Nacional.

²⁴ item 38 da Petição Inicial da Adin 2.591

7.2. Posicionamentos acerca da Adin

Alguns posicionamentos acerca da Adin 2.591 foram de grande valia para que a mesma fosse reconhecida a sua improcedência. O Procurador-Geral da República, o IDEC, a BRASILCON e o A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (PROCON/SP), foram admitidos como *Amicus Curiae*, emitiram pareceres acerca do objeto da Adin 2.591 que se tornaram fundamentais para que os julgadores negassem provimento à ação demandada.

O PROCON/SP²⁵ sustentou que, como órgão público de defesa do consumidor, deve seguir atuando nos conflitos que envolvam clientes, bancos e demais instituições financeiras.

Segundo os procuradores do estado de São Paulo, que apresentaram o pedido, o Código de Defesa do Consumidor já regula as relações de consumo e de serviços, não necessitando que uma lei complementar aborde este tema.

Já o BRASILCON aponta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que subordina os bancos, seguradoras e instituições financeiras às determinações contidas no CDC.

Além disso, alega-se que o CDC não pretendeu dispor sobre a estrutura, o funcionamento e a competência do Sistema Financeiro Nacional, mas sim, sobre as atividades desenvolvidas pelas empresas que o integram, enquanto prestadoras de serviços bancários, creditícios e securitários.

²⁵ < <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=18544&tip=UN¶m=2591> > acessado em 25/07/2006.

O IDEC, por sua vez, requer que o Supremo declare a ilegitimidade da CONSIF para propor a ADI 2591, pois não seria uma entidade representativa do setor. Outra alegação, caso este pedido não seja aceito, é de que seja considerada no julgamento do mérito a constitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constantes do artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC.

Ainda, há que se destacar o posicionamento da doutrinadora Cláudia Lima Marques que, às fls. 436/443 do seu livro *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*²⁶, traz belíssima exposição acerca deste debate entevado pela Adin 2.591 e que se mostra extremamente pertinente ao presente trabalho.

7.2.1. Do Posicionamento de Cláudia Lima Marques

A Professora Cláudia Lima Marques está, atualmente, entre os grandes expoentes brasileiros que tratam da literatura do direito do consumidor. Importância tamanha que a mesma representa no cenário nacional sobre o tema Código de Defesa do Consumidor, que não haveria possibilidade de deixar escapar a opinião da Professora Cláudia Lima Marques a respeito do tratamento que ela deu ao cogitado pela Adin 2.591.

Cláudia Lima inicia a sua explanação citando Miguel Reale, que faz a diferenciação das normas jurídicas em *normas de conduta* e *normas de organização*²⁷. Necessária é essa diferenciação sob pena de se inviabilizar e quebrar a coerência do sistema jurídico.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op cit.* p. 436 e segs.

²⁷ REALE, Lições Preliminares, p. 105, citado por MARQUES, Cláudia Lima. *Op cit.* p. 436.

As normas de conduta seriam aquelas destinadas a disciplinar comportamentos dos indivíduos e dos grupos sociais. Já as normas de organização teriam caráter instrumental, com a finalidade de estruturar o funcionamento dos órgãos ou disciplinar a identificação e aplicação das normas, visando a coerência do ordenamento jurídico.

Sob este aspecto, o art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor seria classificado como normas de conduta, que traz a definição legal da expressão “serviço”.

As definições legais são normas de condutas auxiliares, pois apenas captam a realidade do mercado, mas não mudam ou organizam essa realidade. Por isso são normas de conduta.

Por outro lado, seriam normas de organização o art. 192, *caput*, da Constituição Federal, que trata da estruturação e forma do Sistema Financeiro Nacional, bem como o seu inciso II, sobre organização, autorização e funcionamento de estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência, capitalização e do órgão fiscalizador, e seu inciso IV, que versa sobre organização, funcionamento e atribuições do Banco Central.

Assim, o requisito exigido pelo Art. 192, *caput*, da Constituição Federal de que o Sistema Financeiro Nacional seja regulado por meio de legislações complementares, se destina aos casos em que a legislação trate de normas de organização do Sistema Financeiro Nacional.

Seria o caso, por exemplo, da Lei 4.595/64, que trata de normas de organização do Sistema Financeiro Nacional e que foi recepcionada como legislação complementar ao nosso ordenamento.

A exigência de lei complementar não atingiria, assim, os casos de normas de conduta, como o caso do Código de Defesa do Consumidor, especialmente o seu art. 3º, §2º. Não há confusão, portanto, entre a matéria de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, art. 170, V e art. 48 do ADCT, todos da nossa Constituição Federal) e a matéria do Sistema Financeiro Nacional (art. 192 da Constituição Federal).

Logo, não há inconstitucionalidade do art. 3º, §2º da Lei 8.078/90 quando insere a expressão “natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”. A matéria “defesa dos consumidores” demanda normas de conduta, cumprindo o mandamento constitucional do art. 48 do ADCT. Já a matéria do Sistema Financeiro Nacional demanda normas de organização. Por isso não se confundem.

Neste aspecto ainda, se assemelha à opinião da doutrinadora Cláudia Lima Marques a pronúncia de Reynaldo Andrade da Silveira, que assim dispõe: “Também não convence dizer que, sendo a Lei 8.078/90 uma lei ordinária, não poderia imiscuir-se no Sistema Financeiro Nacional que, por força de letra da Constituição, somente pode ser regulado por lei complementar. É de se indagar: Pretenderia o Código de Defesa do Consumidor regular o funcionamento dessas empresas? Trataria a Lei 8.078/90 da organização ou das atribuições dessas instituições? Disporia ainda o Código de Defesa do Consumidor sobre fiscalização de bancos, instituições financeiras e de crédito e ainda companhias de seguro?”

Todas as respostas são, evidentemente, negativas, não passando de uma alegação primária levantar esses frágeis argumentos para fugir do alcance da lei²⁸.

Logo, evidente é a ausência de fundamentação lógica e jurídica acerca da inconstitucionalidade do Código de Defesa do Consumidor para regular as relações entre seus clientes e as Instituições Financeiras quando da celebração de contratos que são inseridos no conceito de relação de consumo.

7.3. Do Julgamento da Adin

O Supremo Tribunal Federal acabou por decidir, em sete de junho deste ano, pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591. Por maioria de votos, foi decidido que as teses adotadas pela CONSIF, ao propor a Adin 2.591, não deviam prosperar, julgando-se improcedente a matéria ventilada.

Como conseqüência, o conceito de serviços estipulado pelo art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor abrange também as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

De acordo com Maria Inês Dolci, coordenadora de relações institucionais da associação Pro Teste (Instituto que atua na defesa dos direitos do consumidor) a decisão do Supremo Tribunal Federal significa que, por exemplo, quem fechar contrato com bancos ou financeiras poderá pleitear a anulação de cláusulas que impliquem em obrigações excessivamente onerosas ou exigir a limitação a 2% da multa decorrente do atraso de pagamento nos contratos de financiamento ou de concessão de crédito.

²⁸ SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Proteção ao Consumidor e Direito Bancário in Revista de Direito do Consumidor nº 50.

O ponto mais importante desta decisão, para a especialista, é que ela legitima a aplicação de normas e princípios que foram significativamente inovadores no Direito brasileiro, como a que reconhece a vulnerabilidade do consumidor e o dever do fornecedor de agir com transparência para se estabelecer o equilíbrio e a harmonia entre as partes contratantes²⁹.

Ainda, para Reynaldo Andrade da Silveira, o reconhecimento da aplicação da legislação consumerista foi revolucionário em termos de direito brasileiro, tendo em vista que, do ponto de vista do chamado direito material, positivou-se princípios como o da vulnerabilidade, boa-fé objetiva e transparência nas relações de consumo; sob o viés processual, possibilitou-se a adoção do instituto da inversão do ônus da prova, consolidou-se os conceitos de direitos difusos, coletivos e homogêneos, rompeu com o axioma dos limites estreitos da coisa julgada, etc³⁰.

E, tudo isso é estendível ao campo dos contratos bancários, passível de exigir-se a tutela jurisdicional capaz de concretizar todos os direitos que são inerentes à figura do consumidor e dos institutos criados a seu favor e proteção.

Assim, significativa foi, para a sociedade brasileira, o reconhecimento da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor também às relações entravadas com Instituições Financeiras, especialmente pela franca disparidade existente entre os contratantes, o que torna o contratante destes tipos de serviços extremamente vulneráveis.

²⁹ Publicado da Revista Consultor Jurídico: < <http://www.conjur.com.br> >, em 08/06/2006.

³⁰ SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Proteção do Consumidor e Direito Bancário in Revista de Direito do Consumidor, p. 135/136.

7.3.1 Dos Votos dos Ministros³¹

No início do julgamento, em abril de 2002, a Adin entrou em julgamento e o relator da ação proposta, Carlos Velloso, a acolheu em parte. Considerou constitucional a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. Este Ministro entendeu que o Código de Defesa do Consumidor não conflita com as normas que regulam o Sistema Financeiro e deve ser aplicado às atividades bancárias. No entanto, ressaltou a incidência do Código quando se tratar da taxa dos juros reais nas operações bancárias, bem como a sua fixação em 12% (doze por cento) ao ano (esta ressalva perdeu objeto com a Emenda Constitucional nº 40/2003, que revogou o parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal que limitava a taxa anual de juros à 12%).

Já o ministro Néri da Silveira julgou totalmente improcedente o pedido formulado pela CONSIF.

Em fevereiro deste ano, a ação entrou novamente na pauta, ocasião em que votou o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, proferindo voto-vista. Depois de três anos e sete meses que o processo ficou com vistas ao Ministro Nelson Jobim, ele acompanhou o entendimento do ministro Carlos Velloso, no sentido de julgar procedente em parte o pedido para afastar do dispositivo atacado a interpretação que nela incluía as operações bancárias. Assim, diferenciando as operações bancárias dos serviços bancários, concluiu que, no caso destes deverá ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

³¹ Consultar o site:

< <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=197007&tip=UN¶m=> >, acessado em 27/07/2006

Depois de apontar distinções entre as figuras do consumidor, do poupador e do mutuário – estes integrantes do processo econômico e aquele de relação que diz respeito a uma posição subjetiva individual ou individualizável – bem como a existência de regimes jurídicos específicos para o tratamento de cada um deles – visando o do consumidor à equiparação de relação fática desigual e o do poupador e do mutuário esta associado a proteção da política monetária realizada pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional, entendeu não haver ligação entre as operações bancárias e a idéia de consumo³².

Pedido de vista do Ministro Eros Grau, suspendeu-se novamente o julgamento, que foi retomado em quatro de maio do presente ano. O Ministro Eros Grau seguiu a posição de Néri da Silveira e julgou improcedente o pedido formulado na Adin. Grau argumentou que “a relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo”. O Ministro acrescentou que é “consumidor, inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito”. Eros Grau fez a ressalva, entretanto, de que cabe ao Banco Central exercer “o controle e revisão de eventual abusividade, onerosa e excessiva ou outras distorções na composição contratual de taxa de juros, no que tange ao quanto exceda a taxa base (de juros)”.

O Ministro Eros Grau afirmou ainda que, nos termos do disposto no art. 192 da Constituição Federal, a exigência da lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários –, que podem ser definidos por

³² MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591*. p. 274/275.

lei ordinária. Asseverou que as instituições financeiras sujeitam-se às normas do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que a relação entre banco e cliente configura uma relação de consumo, estando, entretanto, excluída dessa sujeição, sob pena de comprometimento dos objetivos do art. 192 da CF, a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por essas instituições no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, matéria sobre a qual deve dispor o Poder Executivo, ao qual competem a fiscalização das operações financeiras e a fixação da taxa-base de juros praticável no mercado financeiro. Por fim, salientando a relação de dominação que se verifica, muitas vezes, entre bancos e tomadores de crédito, ressaltou que cumpre, tanto ao Banco Central quanto ao Poder Judiciário, com base no Código Civil, o controle de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros, relativamente ao que exceder a taxa-base³³.

Assim, Eros Grau não acolheu a distinção feita pelo Ministro Nelson Jobim entre “operações bancárias”, às quais não caberiam as regras do Código de Defesa do Consumidor e “serviços bancários” sujeitos à aplicação do Código. Apenas fez a ressalva mencionada acima.

Seu voto foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, e Sepúlveda Pertence. Para o Ministro Joaquim Barbosa, não existe inconstitucionalidade a ser pronunciada no parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor: “são normas plenamente aplicáveis a todas as relações de consumo, inclusive aos serviços prestados pelas entidades do sistema financeiro”, completou.

³³ MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591*. p. 276/277.

Já o Ministro Cezar Peluso entendeu que o Código de Defesa do Consumidor não veio para regular as relações entre as instituições do Sistema Financeiro Nacional e os seus clientes sob o ângulo estritamente financeiro, mas sim para dispor sobre as relações de consumo entre os bancos e os clientes. O Ministro ainda sustentou que não há como sustentar que o Código de Defesa do Consumidor teria derogado, de forma inconstitucional, a Lei 4.595/64, que regula o Sistema Financeiro.

Votou também o Ministro Marco Aurélio, afirmando que o Código de Defesa do Consumidor não apresenta nenhum risco ao Sistema Financeiro Nacional. Ainda bem lembrou da intensa lucratividade das Instituições Financeiras no nosso país, afastando o pensamento que a Lei 8.078/90 significa um risco para tais instituições.

Celso Mello acompanhou o entendimento majoritário pela improcedência da ação, e destacou que a proteção do consumidor foi elevado à nível constitucional. Ainda, para o Ministro, as atividades econômicas devem ser fiscalizadas pelo Poder Público, evitando, conseqüentemente, as práticas abusivas das Instituições Financeiras. O Sistema Financeiro Nacional, outrossim, sujeita-se ao princípio da proteção ao consumidor e que o Código de Defesa do Consumidor limita-se a protegê-lo, não interferindo no Sistema Financeiro Nacional.

A última a proferir o seu voto, foi a presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, que também entendeu que as relações de consumo nas atividades bancárias devem ser protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Diante disto, a Adin 2.591 foi julgada improcedente por maioria dos votos, tendo 2 (dois) votos vencidos. Julgaram pela improcedência da ação os

Ministros: Néri da Silveira, Eros Grau, Carlos Ayres de Britto, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ellen Gracie. Foram vencidos os votos dos Ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso.

8. Conclusão

Pelo presente trabalho pretendeu-se dar um panorama sobre as discussões advindas com o Código de Defesa do Consumidor, especialmente sobre a sua aplicação aos contratos firmados com Instituições Financeiras.

Apesar de mais de 15 anos de vigência do Código, vários debates ainda surgem no campo doutrinário e jurisprudencial, culminando, por exemplo, com o ajuizamento da Adin 2.591.

Com sorte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ora tratada, foi julgada improcedente. Ao contrário, cogitar da sua procedência seria reconhecer que o direito não estaria a serviço da sociedade, mas sim de uma parcela de interesses dominantes que ainda é muito forte em nosso país, refletindo o interesse apenas de uma pequena cela da nossa sociedade.

Coadunar pela redução da amplitude do Código de Defesa do Consumidor seria desvirtuar o seu papel, reconhecendo que as vitórias do nosso país em perceber direitos destinados a toda a coletividade poderiam estar à mercê de interesses de uma classe dominante, ao contrário do que suscita a sociedade brasileira.

Como já aduzido, trata-se de vitória do povo brasileiro, que em mais de 500 anos de história, parece que apenas nos últimos 20, após a promulgação da Carta de 1988, vem desfrutando de uma ordem jurídica que contempla direitos nunca antes condizentes com o nosso povo, que visam à estabilização de uma ordem social justa e capaz de condizer com as pretensões de nosso país.

É claro que muitos ainda são os problemas travados em nosso seio. Seria ironia pensar que não temos entraves e desigualdades que refletem uma época marcada pela exploração de nosso povo.

Porém, pela primeira vez vivemos uma ordem constitucional que parece dar espaço à promoção de um país capaz de reduzir as injustiças constantes em nosso dia a dia.

Várias foram as criações de institutos jurídicos e leis que visam dar concretude ao plano consubstanciado pela nossa Constituição. Dentro do campo legislativo, exemplo efetivo foi a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que muito bem deu atendimento ao preceito constitucional de proteção ao consumidor.

E, sob este aspecto, o Supremo Tribunal Federal acatou a pretensão do legislador originário ao definir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos entravados com Instituições Financeiras. E não podia ser diferente, sob pena de se criar uma disparidade ainda maior entre as partes contratantes como ocorre nestes tipos de negócios jurídicos.

Talvez em nenhum outro campo de fornecimento de bens e prestação de serviços a disparidade entre as partes contratantes é tão marcante como ocorre nos contratos firmados entre consumidores e Instituições Financeiras. Todos sabemos das complexidades que são as regras de mercado, das taxas aplicáveis, juros, investimentos, capitalização, termos contratuais, vencimento antecipado de obrigações, dentre outros assuntos que estão distantes da compreensão da imensa maioria da população brasileira. É um campo fértil, portanto, para que as Instituições Financeiras cada vez mais tenham lucros em detrimento à poupança popular.

Neste campo do mercado de consumidor, o consumidor está colocado em flagrante posição de inferioridade perante o fornecedor de serviços e produtos. Há uma grande dificuldade técnica, jurídica e, principalmente no Brasil, econômica, que tornam necessária uma responsabilidade no âmbito probatório diminuto, como limites graves a sua exclusão.

É inadmissível que dentro do ordenamento jurídico pátrio, especialmente após a Constituição de 1988, se pense no contrato, principalmente o de adesão, praticado em massa nas relações de consumo bancário, como o motor de obrigações e direitos dentro de um relacionamento obrigacional. O contrato deve servir ao destinatário das normas previstas no ordenamento jurídico.

Não se pode admitir, por exemplo, que um contrato seja o motivo da escravidão financeira da pessoa humana³⁴.

E não são raros os exemplos de pessoas que celebram contratos bancários e que, diante das abusividades praticadas pelas Instituições Financeiras, vêm-se em situação difícil de adimplir o contrato e geram dívidas que se multiplicam em verdade efeito de bola de neve, ou seja, aumentando dia-a-dia e sem perspectivas de quitarem as suas dívidas.

Isto também torna importante a previsão de limites pelo Código de Defesa do Consumidor às práticas bancárias, com a finalidade criar uma sociedade mais justa e isonômica.

³⁴ CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor – Justificativas, precedentes e análise do sistema nacional in Revista de Direito Privado. p. 158.

Por ora, com o julgamento da Adin ora em discussão, e com a Súmula 297 do STJ, tratada anteriormente, parece que se acalmarão as discussões sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, consolidando-se a proteção do consumidor brasileiro como previsto constitucionalmente.

9. Referências Bibliográficas

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva. 2001.

BONATTO, Cláudio, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia. Conceitos. Contratos Atuais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998.

CASADO, Márcio Mello. *Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor – Justificativas, Precedentes e Análise do Sistema Nacional*. Revista de Direito Privado nº 3, jul-set 2000. São Paulo: RT, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 80, out-dez 1990. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 4ª edição, 1995.

----- . *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 4ª edição, 1995.

KÜMPEL, Siegrifier. *A Proteção do Consumidor do Direito Bancário e no Direito do Mercado de Capitais*. Revista de Direito do Consumidor nº 52, out-dez 2004. São Paulo: RT, 2004.

LUCCA, Newton de. *A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Atividade Bancária*. Revista do Direito do Consumidor nº 27. jul-set 1998. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591*. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo - Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

----- *Defesa do Consumidor de Crédito Bancário em Juízo.*
Revista de Direito Privado nº 5. jan-mar 2001. São Paulo: RT, 2001.

RIBEIRO, Johan Albino e SALASAR, William. *O Sistema Protetivo dos Clientes Bancários: da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades Bancárias.* Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 32. abr-jun 2006. São Paulo: RT, 2006.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Proteção do Consumidor e Direito Bancário.* Revista de Direito do Consumidor nº 50, abr-jun 2004. São Paulo: RT, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva. 2002.

----- *Direito Constitucional Econômico.* São Paulo: Editora Método. 2003.

ZANELATO, Marco Antônio. *Considerações Sobre o Conceito de Jurídico de Consumidor.* Revista de Direito do Consumidor nº 45, jan-mar 2003. São Paulo: RT, 2003.

Sites:

< <http://www.stf.gov.br> >

< <http://www.conjur.com.br> >

ANEXO: Petição Inicial da Adin 2.591

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Registros
e Informações Processuais

26/12/2001 14:35 155583



ADI - 2591

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Texto inconstitucional: “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”, expressão constante do § 2º do art. 3º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, lei ordinária, por lesar o comando constitucional do art. 192 da Constituição Federal, que reservou à lei complementar a regulação do Sistema Financeiro Nacional, que abrange aquelas atividades.

Contrariedade ao que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n.º 4, determinando, para essas hipóteses, a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, *recebida como complementar*, até o advento da lei reguladora do Sistema Financeiro Nacional, que, por sua vez, deverá dar tratamento global à matéria através de uma única lei especial, com observância de todas as normas do *caput*, dos incisos e dos parágrafos do art. 192 CF (Tribunal Pleno: RTJ 147/719-858).

A Lei n.º 8.078/90 é inconstitucional ao criar novos e maiores encargos e obrigações e ao imputar mais responsabilidades às instituições financeiras, sendo lei ordinária, quando a Constituição Federal exige, textualmente, lei complementar.

A expressão impugnada viola o princípio da razoabilidade, sede material do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), já que se manifesta como meio legislativo inadequado para regular tal matéria por não observar as peculiaridades das *atividades desenvolvidas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional* a justificar a impossibilidade de se equipará-las às atividades de consumo.

Pedido de suspensão liminar fundado em razões de conveniência, em precedentes desta Suprema Corte e no *periculum in mora* superveniente, depois que aquele comando da lei ordinária passou a ser aplicado pelo

judiciário de primeiro grau e prestigiado pelos tribunais, inclusive recentemente, pelo Superior Tribunal de Justiça, contrariando o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADIn n.º 4 e em outras decisões.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO - CONSIF, entidade sindical de grau superior (docs. 1 a 4), sediada em Brasília – DF, no SCS, Q. 01, DL. H – Edifício Morro Vermelho, 14º e 15º andares, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 03.860.033/0001-08 (doc. 5), por seus advogados (doc. 6), vem, respeitosamente, com fundamento no art. 103, IX, da Constituição Federal, e nos arts. 1º, 2º, IX, e seguintes da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, ajuizar a presente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE,

com requerimento de medida liminar

visando à declaração da **inconstitucionalidade formal da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”**, constante do art. 3º, §2º, da **Lei ordinária n.º 8.078/90** (doc. 7), e da inconstitucionalidade material dessa expressão diante da sua total incompatibilidade com o disposto no art. 192, *caput* e incisos II e IV, da Constituição Federal, que, consoante interpretação desse Egrégio Tribunal na ADIn n.º 4, reservou à lei complementar a regulação do Sistema Financeiro Nacional, abrangente daquelas atividades, e também por violar o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que consagra o devido processo legal em sentido substantivo, como se passa a demonstrar.

I. DA LEGITIMIDADE ATIVA E DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

1. A requerente é entidade que, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal, está legitimada para deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade, por configurar entidade sindical, nos termos do art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho, com registro no Ministério do Trabalho (doc. 8). Consta, outrossim, no art. 1º de seu Estatuto Social, a previsão

de congregar as Federações que agrupam as entidades sindicais representativas das instituições financeiras, bancárias, de crédito e securitárias, como provam os documentos anexos (doc. 4).

2. Por meio da ata de reunião do Conselho de Representantes da requerente (doc. 1), faz-se prova de que é integrada pelas seguintes Federações:

- Federação Nacional dos Bancos – FENABAN;
- Federação Nacional das Empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários – FENADISTRI;
- Federação Interestadual das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimento – FINACREFI;
- Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização – FENASEG.

3. A legitimidade da entidade requerente já foi reconhecida na ADIn n.º 2.394/MG, a despeito de referida ação não ter merecido conhecimento por questões outras, que não a atinente ao direito da ora requerente de suscitar o controle concentrado de constitucionalidade. No processo mencionado, o eminente Ministro Relator Exmo. Sr. **CELSO DE MELLO**, na esteira de precedentes dessa Corte, não conheceu da ação por aferir a existência de interesses conflitantes entre as Federações filiadas à requerente. No presente caso, todavia, a situação experimentada é outra, pois todas as Federações filiadas à requerente estão unidas no intento de extirpar a expressão impugnada da ordem jurídica brasileira.

4. Atendido, também, se encontra o vínculo da **pertinência temática**, representado pelo liame entre o objeto da ação e a atividade de representação exercida pela entidade requerente.

5. Com efeito, a presente ação direta impugna a expressão “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”,

que, incluída no conceito de serviço estabelecido no §2º do art. 3º da lei ordinária em questão, enquadra tais atividades entre as relações de consumo, gerando obrigações, ônus e responsabilidades aos integrantes das Federações filiadas à requerente e causando enorme perturbação ao Sistema Financeiro Nacional, de que fazem parte, em franca desobediência ao disposto no art. 192, II e IV, da Constituição Federal, e ao princípio da razoabilidade, consagrado pelo devido processo legal, no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

6. Sendo os objetivos da entidade requerente, nos termos do art. 3º, V, de seus atos constitutivos, *“propor qualquer tipo de ação que vise defender e resguardar os direitos e interesses das categorias econômicas representadas, inclusive Ação Direta de Inconstitucionalidade, Mandado de Segurança Coletivo e outras, na forma da lei”*, verifica-se que a temática da presente ação está perfeitamente inserida na finalidade institucional da requerente, ajustando-se ao disposto no inciso IX do art. 103 da Constituição Federal, na defesa de suas entidades filiadas.

II. DA NECESSIDADE DE IMPUGNAR TÃO-SOMENTE A EXPRESSÃO *“INCLUSIVE AS DE NATUREZA BANCÁRIA, FINANCEIRA, DE CRÉDITO E SECURITÁRIA”*

7. A expressão ora impugnada constante do art. 3º, §2º, da Lei n.º 8.078/90, presente na redação original e inalterada pelas modificações posteriores havidas na referida lei, uma vez sendo declarada inconstitucional, fará com que nenhuma outra disposição constante desse diploma possa ser aplicada às atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

8. As demais normas constantes da lei impugnada consubstanciam-se, portanto, em verdadeira inconstitucionalidade por derivação, isto é, todos os dispositivos da Lei n.º 8.078/90 não se aplicarão mais às entidades realizadoras de atividades *“... de natureza bancária, financeira, de crédito e*

securitária”, sem a necessidade de impugnação específica de cada uma das disposições.

9. Em outras palavras, o que se pretende é, no âmbito da pertinência temática da requerente, excluir as aplicações (inconstitucionais) de tais dispositivos, porquanto lesivos aos interesses de todas as Federações filiadas à requerente. O meio de se alcançar essa pretensão é extirpar a disposição que permite que todas as regras da Lei n.º 8.078/90 possam ser aplicadas em relação às aludidas atividades, ou seja, declarando-se inconstitucional o §2º de seu art. 3º.

10. Aclaradas as necessárias preliminares de cabimento da presente ação direta, a requerente passa a aduzir os argumentos que levam à indiscutível procedência da ação.

III. DO ATO LEGISLATIVO IMPUGNADO EM VIRTUDE DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL

11. A Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre as normas de proteção e defesa do consumidor, estabelece, em seu art. 2º, que consumidor “*é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”, equiparando a esse conceito “*a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*”.

12. No art. 3º, o referido diploma conceitua fornecedor como sendo “*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços*”.

13. O parágrafo segundo desse dispositivo, conceituando “*serviço*”, estabelece que:

“Art. 3º

§1º

§2º. *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”* (grifamos).

14. 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 Sistema Financeiro Nacional, invadindo campo reservado à lei complementar, além de violar o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, lesionando o princípio do devido processo legal.

IV. DA VIOLAÇÃO AO ART. 192, II e IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

15. Com efeito, reza o art. 192 da Constituição Federal, no *caput* e nos incisos II e IV, que:

“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 públicas e privadas” .

16. Com o referido dispositivo, o constituinte de 1988 inovou, incluindo um capítulo específico a respeito do Sistema Financeiro Nacional, com duplo objetivo. De um lado, ao estabelecer que esse sistema será estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir os objetivos da coletividade, para vincular a sua atuação a tais objetivos e, de outro, ao atribuir competência à lei complementar para conformar tanto o perfil organizacional dos órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do setor financeiro, como o complexo de normas disciplinadoras da própria atividade financeira, para conferir-lhe maior higidez.

17. **CELSO RIBEIRO BASTOS**, comentando esse dispositivo, destaca que:

*“Sobre as particularidades do sistema financeiro do ângulo jurídico, ninguém pode pôr em dúvida a sua existência. Embora seja uma atividade privada, a intermediação financeira caracteriza-se por uma forte regulamentação estatal”.*¹

18. Na verdade, o conteúdo e o alcance desse dispositivo já foram definidos pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, da relatoria do eminente Ministro **SYDNEY SANCHES**, tendo ficado decidido que **somente lei complementar poderia dar concreção a todas as matérias pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional, contidas no art. 192 da Constituição**. E mais, que **o regramento infraconstitucional, exigido pelo constituinte, deveria ser objeto de uma única lei complementar**, afastada a hipótese de regulações tópicas, ou normas extravagantes ou especiais para cada uma das prescrições impostas pelo comando constitucional daquele artigo. Ou seja, quaisquer ônus, encargos, obrigações ou regulações de qualquer

¹ **CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**, *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed.. Saraiva. 7ª ed.. p. 350.

espécie referentes às instituições financeiras públicas e privadas somente poderão ser realizados por meio de lei complementar, nunca por meio de lei ordinária.

19. A mencionada ADIn teve por objeto atacar o Parecer SR n.º 70, do então Consultor-Geral da República, Dr. SAULO RAMOS, que sustentou o entendimento da não auto-aplicabilidade do §3º do art. 192, bem como das demais disposições do *caput*, incisos e parágrafos, **todos dependentes de norma de integração em nível complementar.**

20. Aprovado o parecer pelo Senhor Presidente da República, tornou-se obrigatória sua observância, com força normativa, para toda a Administração Federal, o que provocou a Circular n.º 1.365, de 6 de outubro de 1988, do Banco Central, determinando que as instituições financeiras do país continuassem a cumprir a legislação anterior à Constituição de 1988, **recebida como complementar pelo novo sistema constitucional.**

21. A referida circular, também atacada na ADIn n.º 4, tem o seguinte teor:

“Enquanto não for editada a lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional, prevista no art. 192, da Constituição da República Federativa do Brasil, as operações ativas, passivas e acessórias das instituições financeiras e demais entidades sujeitas à autorização de funcionamento e fiscalização do Banco Central do Brasil permanecerão sujeitas ao regime das Leis n.ºs 4.595, de 31.12.64, 4.728, de 14.7.65, 6.385, de 7.12.76, e demais disposições legais e regulamentares vigentes aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional.”²

22. Decidindo a arguição de inconstitucionalidade do parecer e da circular, o Supremo Tribunal Federal decretou, como demonstram os principais tópicos da ementa daquele julgado, que:

“6. Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art.

192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou o caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediatamente isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com observância de todas as normas do caput, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.

7. Em conseqüência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional”³ (grifamos).

23. Embora doutrinariamente não haja divergência, anota-se que, no julgamento da ADIn n.º 4, ficou assente que esta legislação (Lei n.º 4.595/64) foi recebida como lei complementar, como consta expressamente do voto vencedor do Ministro MOREIRA ALVES, do qual se destaca o seguinte trecho:

“Quando examinei esse artigo, Sr. Presidente, pareceu-me à primeira vista que o parágrafo 2º. dele dispensava a regulamentação por lei complementar. Impressão, porém, equivocada, pois sem a disciplina do sistema financeiro determinada no caput do dispositivo não haveria os recursos a que se refere esse parágrafo. Ele, porém, está em vigor por causa da legislação existente a respeito que – em conformidade com a jurisprudência desta Corte – é recebida como lei complementar”⁴ (negritos do original).

24. No voto do Relator, Ministro SYDNEY SANCHES, ficou consignado que:

³ Tópicos da ementa do v. acórdão, publicado na RTJ 147/720.

⁴ RTJ 147/853.

“O art. 192, em sua inquebrantável unidade, para que seja aplicado, depende de legislação infraconstitucional.

Ou seja, de lei complementar referida no caput.

Não se pode dissolver a vinculação entre as partes que o integram, sob pena de ir-se ao arrepio do método jurídico, do qual flui a técnica legislativa”⁵ (negritos do original, grifamos).

25. A decisão foi tomada por maioria. Os quatro Ministros vencidos sustentaram o entendimento de que o § 3º do art. 192, pelo conteúdo proibitivo, destacava-se do comando do *caput* e era auto-aplicável. A matéria ficou, entretanto, ensolaradamente clara: **todos os comandos do art. 192 da Constituição dependiam de lei de concreção.**

26. Em nenhum momento, admitiu-se que a *interpositio legislatoris* fosse materializada através de lei ordinária. A norma integradora é a lei complementar.

27. No voto do Ministro CÉLIO BORJA, ficou consignado que:

“O legislador Constituinte deferiu essa tarefa – isso está dito no caput e não podemos esconder - ao Congresso, no exercício de sua capacidade ordinária de dar leis ao País, no caso, leis complementares. Nenhuma outra autoridade poderá fazê-lo, penso eu”⁶ (negritos do original).

28. Assim, as matérias pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional, que abrangem as atividades bancárias, financeiras, de crédito e de seguros, não podem ser reguladas em nenhuma lei ordinária, quer especial, quer em disposições incidentais, posto que constituiria lesão frontal ao comando do art. 192 da Constituição da República, de acordo com o conceito que figura no parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, adotado no voto do Ministro SYDNEY SANCHES:

⁵ RTJ 147/801.

⁶ RTJ 147/847.

“Por ‘sistema financeiro nacional’, entende-se um complexo de regras e normas, coordenadas entre si, que disciplinem o conjunto de operações praticadas no mercado financeiro do País, bem assim o conjunto de instituições públicas e privadas que operem em tal mercado.”⁷

29. É de se constatar que tal recepção como lei complementar é justamente o meio para se evitar que a citada norma incidisse na inconstitucionalidade formal superveniente, não aceita por essa Corte Constitucional, como se depreende da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 438, relatada pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade: descabimento, segundo o entendimento do STF, se a norma questionada é anterior à da Constituição padrão.

1. Não há inconstitucionalidade formal superveniente.

2. Quanto a inconstitucionalidade material, firmou-se a maioria do Tribunal (ADIn 2, Brossard, 6.2.92) - contra três votos, entre eles do relator desta -, em que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta.

3. Fundamentos da opinião vencida do relator (anexo), que, não obstante, com ressalva de sua posição pessoal, se rende a orientação da Corte.”⁸

30. O mesmo se poderá dizer quanto ao Decreto-lei 73 de 21 de novembro de 1966, que institui o Sistema Nacional de Seguros Privados disciplinando a regulação, fiscalização e funcionamento da atividade de seguro e resseguros objeto do art. 192 da Constituição Federal – se a teor da liminar deferida na ADIN 2223-7 vier a ser homologada, pelo Pleno, no julgamento em curso.

⁷ Parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, adotado no voto do Ministro SYDNEY SANCHES (RTJ 147/801).

⁸ DJ 02.07.92 - 0004

31. Ora, se, conforme reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as matérias pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional, abrangente das atividades bancárias, financeiras, de crédito e de seguros, não de ser disciplinadas por lei complementar a teor do art. 192 da Constituição da República, e se, de acordo com o entendimento do mesmo Tribunal, a Lei n.º 4.595/64 foi recepcionada com esse *status*, - resta evidente que o § 2º do art. 3º da Lei n.º 8.078/90, ao pretender equiparar todas as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária a relações de consumo para o fim de regulá-las, padece de inconstitucionalidade por invadir área reservada à lei complementar, sendo insusceptível de derrogar a lei recepcionada, que desfruta desse *status*.

32. Nesse sentido, é pacífica a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fixada por seu Plenário, no RE 101.083⁹, quando reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 1.438/75, na redação do Decreto-Lei n.º 1.582/77, que criava a incidência do ISTR, por conflitar com o Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar. Eis a ementa do julgado:

“Tributário. ISTR. Transporte de bens do próprio proprietário do veículo transportador. Inconstitucionalidade do disposto no inciso III do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438/75, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582/77).

Dispondo o inciso III do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438/75, na redação que lhe deu o Decreto-Lei nº 1.582/77, que incide o imposto previsto no ‘caput’ daquele artigo, sobre o transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados à comercialização ou industrialização posterior, ampliou o fato gerador deste imposto para abranger também a execução de tal serviço, já que não cabe considerar-se como havendo prestação de serviços no transporte de bens e veículos do próprio proprietário de tais bens. Assim, entrando em choque com o que a respeito dispõe o Código Tributário Nacional, e havendo invasão de competência pela legislação ordinária em matéria que só poderia ser disciplina por lei complementar, é de se declarar a inconstitucionalidade o

mencionado inciso III art. 3º do aludido Decreto-Lei."¹⁰ (grifamos)

33. Tal entendimento restou reiterado pelo Pleno, ao julgar o MS 20382-0, declarando inconstitucional a Lei n.º 7.040/82, que pretendia alterar a Lei Orgânica da Magistratura na parte em que incorporara, com *status* de lei complementar, o Decreto-Lei n.º 1.003/69, alterado pela Lei n.º 6.621/78. Desse julgado destaca-se trecho do voto do Ministro MOREIRA ALVES, seu eminente Relator, nos termos seguintes:

*"Consagrou, assim, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional de modo inequívoco, a organização da magistratura militar federal preexistente, que é a do Decreto-Lei 1.003/69, com as alterações da Lei 6.621/78. E, por havê-la incorporado a seu próprio texto, tornou essa organização insusceptível de ser alterada por lei ordinária, que não pode ingressar no âmbito da competência da Lei complementar e que portanto, nesse âmbito, não pode derogá-la, sob pena de inconstitucionalidade, por invasão de competência."*¹¹

34. O dispositivo ora impugnado, por submeter as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária a disciplina que conflita com a da Lei n.º 4.595/64 - diploma recebido como lei complementar - pretendeu derogar referido diploma, incidindo no mesmo vício apontado na jurisprudência supra transcrita. Resta, portanto, demonstrada a manifesta inconstitucionalidade formal do dispositivo impugnado, por invadir competência da lei complementar prevista no art. 192, II e IV, da Constituição Federal, e por pretender derogar ato legislativo recepcionado com esse *status*, contrariando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

V. DA DISTINÇÃO IMPLÍCITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ENTRE CONSUMIDOR E CLIENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

¹⁰ RE 101.083, DJ 22.06.84, pág.10136, Rel. E. Min. ALDIR PASSARINHO.

¹¹ DJO 11.09.

35. Para além de desbordar de sua competência, o legislador ordinário não levou em conta a adequada distinção, procedida pela Carta de 1988, entre Ordem Econômica e Ordem Financeira.

36. Efetivamente, o título VII, da Constituição Federal, intitulado “Da Ordem Econômica e Financeira”, está dividido em quatro capítulos, os três primeiros referentes à Ordem Econômica e o último ao Sistema Financeiro Nacional. É no primeiro capítulo que o art. 170 consagra como um dos princípios gerais da Ordem Econômica “a defesa do consumidor”, em relação à qual, aliás, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que seja elaborado um Código, ou seja, uma lei ordinária.

37. Ao contrário, no capítulo referente ao Sistema Financeiro Nacional, a Constituição Federal determina que o mesmo seja regulado por lei complementar “*de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade*”, abrangendo, pois, lógica e necessariamente, no texto da lei complementar, a proteção do cliente das instituições financeiras. Conclui-se daí, ainda, que o mencionado texto de lei complementar, por sua vez, só poderá ser regulamentado por resolução do Conselho Monetário Nacional, descabendo qualquer inovação por lei ordinária, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIn n.º 1.376-9, ao reconhecer a constitucionalidade da resolução que criou o PROER.

38. Na realidade, justifica-se a distinção entre consumidor de produtos e usuários de serviços e clientes de instituições financeiras¹², em virtude de razões de ordem constitucional e pelas situações peculiares existentes em cada caso.

39. É de se ressaltar, por exemplo, que as instituições financeiras não trabalham com dinheiro próprio, mas de terceiros. A pretensão de

¹² Também a doutrina estrangeira trata do cliente de banco e, não, do consumidor, nas operações financeiras, como se verifica por várias obras como a de MARIA DEL MAR ANDREU MARTI, La protección del cliente de banco, Madrid, Ed. Tecnos, 1998. Por sua vez, EDUARDO ANTONIO BARBISER, no seu livro Contratación

aplicar-lhes regras de consumo – que não se amoldam às peculiaridades das operações bancárias - pode 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 risco os direitos dos correntistas e investidores. Por esta razão é que só o órgão encarregado de controlar o sistema financeiro, que é o Banco Central, pode cuidar da fiscalização nessa matéria, que está disciplinada no art. 192 da Constituição Federal, em consonância com o art. 164 da Constituição Federal, e, não, no art. 170 da Constituição Federal.

40. Assim, do mesmo modo que o constituinte fez a distinção entre o consumidor (do qual trata o art. 170) e o usuário de serviços públicos (definido no art. 37, §3º, II, com a redação da Emenda Constitucional n.º 19), também esclareceu a diferença de regime jurídico entre o consumidor e o cliente de instituições que exercem atividades financeiras, como bancos e seguradoras, este atualmente regido pelo art. 192 da Constituição, pela Lei n.º 4.595/64 e pelas resoluções do Conselho Monetário Nacional. Aliás, a este respeito, foi baixada a Resolução n.º 2.878, de 26.7.01, modificada pela Resolução n.º 2.892, de 27.9.01, que dispõe:

“sobre procedimentos a serem observados pelas 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.”

41 Diante desta disciplina constitucional, já consagrada pela Suprema Corte do país, não podia o legislador ordinário ter incluído na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, o §2º do art. 3º, pois, ao mencionar todas as atividades (qualquer atividade) de natureza bancária, financeira, de

crédito e securitária, a Lei n.º 8.078/90, que é lei ordinária, passou a regulá-las, alterando as normas da legislação complementar própria do Sistema Financeiro Nacional, visto que as incluiu no regramento dos direitos do consumidor.

VI. DA VIOLAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

42. O legislador ordinário onerou os integrantes do sistema financeiro com o conjunto de obrigações previstas na Lei n.º 8.078/90, incompatíveis com as peculiaridades do setor financeiro. A teor de suas disposições, os depósitos bancários, os contratos de mútuo, as cadernetas de poupança, os cartões de crédito, os contratos de seguro, de abertura de crédito e todas as operações bancárias, ativas e passivas, passaram a ser consideradas relações de consumo.

43. Ampliou, ademais, o leque de legitimados a questionar em nome próprio e, sobretudo, em nome alheio a atuação das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

44. Tal disciplina, sob ambos os aspectos, encontra-se em conflito grave e frontal com as normas do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, a que estão sujeitas as instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, de acordo com as disposições da Lei n.º 4.595/64, recepcionada como lei complementar, a teor do art. 192 da Constituição Federal.

45. Enfatize-se que as atividades bancária, financeira, de crédito e securitária têm perfil nitidamente diferenciado das demais atividades econômicas, estando estreitamente vinculadas à política monetária adotada no país. Daí a razão pela qual a Lei n.º 4.595/64, reconhecida como aquela de que trata o art. 192 da Constituição Federal, atribuiu ao Banco Central – titular do poder de exercer a competência da União para emitir moeda e regular as

condições de sua oferta, nos termos do art. 164 da Constituição Federal – também a tarefa de órgão controlador do Sistema Financeiro Nacional.

46. Quanto às peculiaridades e à necessidade de regulação e fiscalização específicas, diferentes das vigentes para as demais atividades, valem as considerações do economista CARLOS LONGO, citado por CELSO BASTOS, do seguinte teor:

“Em princípio o banco é entidade que dá liquidez ao sistema. Liquidez, por sua vez, é a capacidade de pagamento, de liberação imediata de uma transação financeira a partir da emissão de um cheque ou da entrega de uma nota em papel-moeda. O banco, portanto, tem uma função bastante diferente de qualquer outra atividade, por exemplo, de um comerciante, de um industrial, de um profissional liberal na medida em que ele serve de intermediário para qualquer transação de natureza comercial ou financeira. Nesse sentido a atividade bancária exige uma regulação. Por que? Ora, se todos os depositantes de uma instituição bancária, em determinado dia resolverem sacar – e têm direito de sacar seus depósitos – o banco não tem necessariamente recursos para fazer frente a essa liquidação precipitada ou antecipada. Isto porque ele aplicou esses recursos, provenientes do depósito à vista, a prazo. Emprestou para desconto de duplicata, para financiamento de capital de giro, a um prazo de 30, 60, 90, 180 dias. Esse descompasso, portanto, entre depósito à vista e aplicação a prazo é que provoca, que requer a regulamentação do sistema a partir de uma instituição, pode ser o Banco Central, pode ser o próprio Governo através do Ministério da Fazenda”¹³ (grifamos).

47. Compreende-se, pois, a razão de a Constituição ter exigido que uma única lei complementar (art. 192) dê o perfil definitivo de todas as relações do sistema com seus usuários, sob o controle do mesmo órgão conformador da política monetária nacional.

48. Ora, a regulação pela Lei n.º 8.078/90, conferindo o trato legal a tais atividades da mesma maneira que às demais atividades econômicas, que não ostentam as mesmas peculiaridades, não se mostra

razoável, quer em face dessa sistemática constitucional, quer sob o aspecto material das operações celebradas no âmbito do sistema financeiro, violando o princípio do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

49. Com efeito, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade encontram-se observados quando há satisfação de três requisitos sucessivos, a saber: (i) a necessidade do ato normativo, (ii) a adequação de sua elaboração e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, aferida pela ponderação de eventual restrição de direito com o atendimento de um interesse que o legislador considera que deve ser protegido.

50. No presente caso, para além de já existir regulamentação pertinente à defesa dos direitos dos usuários das instituições financeiras, expedida pelos órgãos de controle contemplados nos atos legislativos com eficácia de lei complementar, o que afasta o requisito da necessidade, a inadequação se revela quer por ser incabível procedê-la por meio da legislação ordinária, como é o caso da Lei n.º 8.078/90, quer por haver referida lei submetido temas tão distintos a disciplina idêntica. À toda evidência, o texto atacado revela-se inconstitucional por malferir o citado princípio.

51. Reitere-se que as instituições financeiras, especialmente os bancos e instituições de crédito, negociam basicamente com a moeda e o crédito, realizando uma atividade de repasse que fazem, aos seus clientes, dos recursos nelas depositados ou por elas captados. É o que caracteriza as suas operações, nos precisos termos do art. 17 da Lei n.º 4.595/64, razão pela qual elas integram o Sistema Financeiro Nacional (art. 1º da mencionada lei).

52. Não se pode, pois, confundir tais instituições com os demais fornecedores de produtos ou serviços, já que aqueles não podem garantir a boa qualidade de sua mercadoria, que é a moeda, produzida, garantida - e algumas vezes, no passado, manipulada - pelo Estado.

53. Tampouco se lhes pode exigir que concedam créditos a todas as pessoas, pois a relação creditícia é baseada na confiança que o banqueiro deve ter no cliente, sob pena de ser acusado de gestão temerária, que, na área financeira, constitui crime.

54. Tratando-se de repasse de recursos alheios, sendo, muitas vezes, casadas as condições e os regimes, respectivamente, dos recursos captados pelos bancos e dos valores que eles emprestam a terceiros, como acontece, por exemplo, no caso da correção cambial, nem sempre é possível desconstituir os mútuos bancários ou modificar *a posteriori* as suas condições e o seu prazo, pois estão vinculados aos depósitos recebidos ou às operações internacionais de médio ou longo prazo, que não podem sofrer alteração.

55. Numa época de grande volatilidade e de globalização, a segurança jurídica e o respeito aos contratos são condições de existência de um sistema bancário saudável, que é da maior importância para o país e para toda a sua população.

56. Para constatar a inadequação da disciplina em face das atividades desenvolvidas no âmbito do sistema financeiro, basta atentar, a título de simples exemplos, para as obrigações e responsabilidades previstas nos artigos 20, §2º, 21, 23, 35, 6º, inciso V, 51, §1º, inciso III, e 117 do Código de Defesa do Consumidor, que analisaremos a seguir.

A) 57. Os arts. 20 a 23 referem-se à responsabilidade do fornecedor nos seguintes termos:

“Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor,

§1º.

§2º. São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se

esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

.....

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.”

58. A simples leitura das disposições supra evidencia que não se pode equiparar a instituição financeira ao fornecedor, não cabendo a incidência das normas pelas quais é garantida a qualidade do serviço ou da mercadoria - que é o dinheiro.

B) 59. O mesmo é verificado no art. 35, que tem a seguinte redação:

“Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

.....”

60. Ora, a propaganda das instituições financeiras não pode obrigá-las à concessão de crédito ou seguro a qualquer um, pois é necessária a verificação das condições do candidato ao financiamento, ou do risco ao que pretende firmar um contrato de seguro. Mesmo na abertura de conta bancária devem ser hoje obedecidas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, até para evitar a lavagem de dinheiro.

C) 61. O art. 6º do Código de Defesa do Consumidor permite a revisão do contrato quando, em virtude de fato superveniente, sua execução se torne excessivamente onerosa para o devedor, mesmo que não haja enriquecimento correspondente do credor, inovando assim em relação às disposições dos arts. 478 a 480 do novo Código Civil.

62. Por sua vez, o art. 51, §1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que:

“Art. 51.

§1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I -

II -

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

63. Não constando no Código de Defesa do Consumidor a condição prevista no novo Código Civil, que exige, para a resolução ou a revisão dos contratos, a manutenção do equilíbrio entre as prestações das partes, seria possível que a instituição financeira viesse a receber uma remuneração inferior àquela que ela contratou para compensar o uso dos recursos por ela captados, colocando-se em risco o bom funcionamento do sistema, baseado no respeito e no cumprimento dos contratos.

D) 64. Finalmente, o Código de Defesa do Consumidor ampliou o leque de legitimados a questionar, em nome alheio, a atuação das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Somente para corroborar a assertiva, basta observar que o parágrafo único do art. 2º dispõe:

“Art. 2º.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

65. O uso indiscriminado da ação civil pública pelo Ministério Público e pelas associações de mutuários ou consumidores, para discutir as condições de empréstimos depósitos ou seguros, passou a lastrear-se no art. 117 do Código de defesa do Consumidor, não obstante tratar-se de direitos disponíveis, decorrentes de operações peculiares dependentes, em cada caso, de condições vantagens e obrigações próprias de cada um dos contratantes, depositantes, mutuários e segurados. A generalização de soluções, no particular, constitui um grave risco que o sistema financeiro não pode correr, especialmente numa época em que vários juizes, desobedecendo frontalmente ao disposto na Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, reduzem os juros, nas operações bancárias, a 12%, usurpando a competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central, como já foi reconhecido pelo Excelso Pretório.

66. Assim, Ministério Público, as associações e os institutos de consumidores se auto-outorgaram legitimidade para representar, coletivamente, em juízo, os usuários de serviços bancários, os contratantes de operações financeiras e os portadores de cartões de crédito, aplicando a essas operações a disciplina jurídica comum aos atos de consumo que, se é benéfica para as situações próprias, **é inteiramente incompatível com as peculiaridades das relações bancárias, creditícias e securitárias . Estas são submetidas à disciplina da Lei n.º 4.595/64 - e, como salientado acima, reguladas e fiscalizadas pelo órgão formulador da política monetária nacional, que é o Banco Central do Brasil - que não permite ações coletivas para reivindicar direitos individuais disponíveis.**

67. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica em reconhecer que as operações praticadas com instituições de crédito, públicas ou privadas, funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional¹⁴ e sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, como se vê do seguinte trecho do voto do Ministro CARLOS VELLOSO, na ADIn n.º 449-2:

“Nos artigos 9º, 10, 11, estabeleceu a Lei 4.595/64 a competência do Banco Central. Do rol de atribuições conferidas ao Banco Central, ressei que a ele

compete a prestação de serviço público, no cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas do Conselho Monetário Nacional (art. 9º) e, sobretudo, no fiscalizar as instituições aplicando as penalidades previstas. O Banco Central do Brasil é, pois, o banco dos bancos, o fiscal das instituições financeiras, lecionando Geraldo Ataliba e Adilson Abreu Dallari¹⁵: 'Em síntese, o Banco Central foi legalmente investido de funções fiscalizadoras, sancionadoras e regulamentares; desempenha importante parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro'.¹⁶

68. A lei impugnada - se aplicadas suas disposições às atividades do sistema financeiro - instaura um evidente conflito com as regras que, respaldadas na Lei n.º 4.595/64, são baixadas pelo Conselho Monetário Nacional por meio das Resoluções n.º 2.878, de 26.7.01, e n.º 2.892, de 27.9.01. Tais regras, relativas aos procedimentos a serem observados pelas 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, **cuidam da defesa dos usuários de serviços de instituições financeiras de forma compatível com a materialidade desses serviços** (docs. 9 e 10).

69. Acresce que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as mencionadas resoluções não se aplicam quando conflitam com o Código de Defesa do Consumidor, criando, assim, profunda insegurança jurídica para os meios bancários e para os seus clientes.

70. Constituem, as regras estabelecidas nas aludidas resoluções, disciplina ampla, genérica e abrangente da defesa dos usuários de serviços bancários em todas as modalidades, mas que não se coadunam com todas as regras de consumo estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, que permitem a desistência do contrato, a legitimidade de representação a associações e

¹⁵ GERALDO ATALIBA e ADILSON ABREU DALLARI, Regime Jurídico do Pessoal do Banco Central do Brasil, in Revista de Direito Público, 97/64.

¹⁶ DJ de 22.11.03

ao Ministério Público e até o direito de arrependimento, o que se torna teratológico, por exemplo, em contrato de mútuo em moeda estrangeira.

71. Ademais, os comandos constitucionais do art. 192 encontram disciplina na Lei n.º 4.595/64 , recebida como lei complementar, estatuto infraconstitucional no qual, sobretudo, está definida a competência atribuída, pela Lei Maior, ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil.

72. Vejamos:

Art. 192, I e II, e §1º, da Constituição, sobre a competência para conceder autorização e funcionamento - É regulado pelo art. 10, IX e §1º, pelo art. 18 da Lei n.º 4.595/64, e pelo art. 74 do Decreto-lei 73/66 .

Art. 192, III, da Constituição, referente à autorização para funcionamento de instituições financeiras estrangeiras e sua participação no capital de instituições financeiras nacionais - É regulado pelo art. 10, §2º, e *caput* do art. 18 da Lei n.º 4.595/64.

Art. 192, IV, primeira parte, da Constituição, que trata da competência e atribuições do Banco Central - É regulado pelos arts. 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei n.º 4.595/64.

Art. 192, IV, segunda parte, da Constituição, que dispõe sobre a competência e as atribuições das instituições financeiras públicas e privadas - É regulado pelos arts. 17, 19 a 41, da Lei n.º 4.595/64.

Art. 192, V, da Constituição, que estabelece os requisitos para a designação de diretores do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo -

É regulado pelos arts. 10, XI, 14, 15, 21, 22, § 2º, 32 e 33 da Lei n.º 4.595/64.

Art. 192, VIII, da Constituição, que dispõe sobre o funcionamento e os requisitos das cooperativas de crédito - É regulado pelos arts. 40 e 55 da Lei n.º 4.595/64.

Art. 192, § 3º, que tabela os juros reais - É regulado pela legislação vigente, de acordo com a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal.

73. Tanto nas matérias já reguladas, como naquelas que ainda restam a ser concretizadas em lei complementar, **nada existe que possa ser remetido ao Código de Defesa do Consumidor e à legislação ordinária, visto que tudo está reservado à lei complementar e à competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, salientando-se que tal competência, consagrada em nível constitucional, é privativa para disciplinar todas e quaisquer atividades das instituições financeiras públicas e privadas, que constituem os principais integrantes do Sistema Financeiro Nacional.**

74. Ao julgar o Conflito de Atribuições n.º 35, o Supremo Tribunal Federal negou competência ao Poder Judiciário para limitar a taxa de juros do cheque especial e confirmou, mais uma vez, a do Conselho Monetário Nacional, que, por ser privativa, é excludente das demais.¹⁷

75. **Até mesmo em questões mais simples, rotineiras, administrativas, como, por exemplo, a fixação de horários de abertura e fechamento das agências bancárias, esta Suprema Corte negou legitimidade aos Municípios para regulá-las, entendendo que até esta**

17

A ementa do referido acórdão é a seguinte:

“Conflito de Atribuições. Operações entre Bancos e clientes. Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro que, em ação civil pública, movida pela Curadoria de Justiça dos Consumidores (Ministério Público estadual) (Lei n.º 7.347, de 24.7.85), fixa, a título de medida liminar, normas genéricas de conduta, a serem seguidas por Bancos privados, perante seus clientes, em conflito com as já fixadas pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil.

Conflito de Atribuições conhecido em parte, declarada a competência do Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil (já exercitada) tudo por maioria de votos” (RTJ 130/485).

particularidade está abrangida pela competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. É o que se vê no Recurso Extraordinário nº 79.253, em que o Ministro ALIOMAR BALEEIRO declara que:

*“III - A atividade bancária, pela sua conexão com os problemas de moeda, crédito, inflação, câmbio, balanço de pagamentos, etc., está comandada discricionariamente por órgão da União, o Banco Central.”*¹⁸

76. Vejam-se também, relatados pelo Ministro ELOY DA ROCHA, pontualmente sobre a questão, os Recursos Extraordinários nºs 73.787 e 80.991, publicados no DJ em 20.5.77 e 27.5.77, respectivamente.

77. Tornou-se a exigência de regulamentar o sistema financeiro mais severa com a edição da Constituição de 1988, visto que o art. 192, além de exigir regulamentação por lei complementar, é expreso ao declarar que nela se inclui também a respectiva estruturação, ao explicitar no comando: “*O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País ...*” (grifamos).

VII. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

78. Fica, pois, evidenciado que a Lei ordinária n.º 8.078/90, na medida em que cria obrigações e encargos aos componentes do sistema financeiro incompatíveis com o perfil e a natureza que ostenta a atividade por eles desenvolvida, encontra-se em aberto confronto, sob o aspecto formal, com o art. 192, *caput*, II e IV, da Constituição Federal, segundo o qual a regulação do sistema financeiro cabe a lei complementar - sendo textual o inciso IV, no sentido de que tal regulação versará sobre suas atribuições.

79. Sob o aspecto material, também se observa a inconstitucionalidade, por violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, pelo fato de sua disciplina, não sendo compatível com as peculiaridades do Sistema

Financeiro Nacional - em que não vigora a mesma liberdade de contratar que se verifica nas demais atividades comerciais, industriais e de serviços propriamente ditas -, não se mostrar razoável, desafiando o devido processo legal em sentido substantivo.

80. O legislador não podia dispor em norma de hierarquia inferior, isto é, em lei ordinária, a pretexto de regular serviços nas relações de consumo, sobre todas as atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias, tal como enunciou no §2º do art. 3º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, nem aplicar a tais atividades a disciplina estabelecida nos demais dispositivos da lei.

81. Justificável e louvável é a tentativa de se fomentar a necessária defesa do consumidor, em geral, e dos usuários de serviços e clientes de bancos, em particular, todavia, o açoitamento do legislador por conta da relevância da questão não pode ser justificativa para se desrespeitar as mais elementares diretrizes do processo legislativo previstas na Constituição.

82. Ao regulamentar por lei ordinária matéria afeita unicamente à lei complementar, pecou o legislador. Sua falha, em matéria de processo legislativo, acarretou inconstitucionalidade formal e vulneração ao art. 192, *caput*, II e IV, e acabou, também, por equiparar de modo totalmente equivocado o consumidor aos clientes e usuários das instituições financeiras, olvidando-se da especificidade inequívoca do trato que deve ser conferido a esses últimos, como tem sido reconhecido pela Constituição, pela lei complementar e pela doutrina¹⁹.

19 HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Ação Civil Pública, Operação Bancária de Caderneta de Poupança. Inaplicabilidade de Ação Civil Pública, Inocorrência de Relação de Consumo, Direitos Individuais Homogêneos, Carência de Ação e Coisa Julgada. Parecer publicado in RT 747/110 – janeiro/1998.
GALENO LACERDA, Ação Civil Pública e Contrato de Depósito em Caderneta de Poupança. Impossibilidade do uso daquela via nessa matéria. O contrato de depósito é estranho às relações de consumo. Limites à legitimação do Ministério Público na ação civil pública. Os interesses difusos ou coletivos não abrangem os interesses ou direitos individuais homogêneos. Parecer publicado in RT 715/108 – maio/1995.
PAULO BROSSARD, Defesa do Consumidor – Atividade do Ministério Público – Incursão em operações bancárias e quebra de sigilo – Impossibilidade de interferência. Parecer publicado in RT 718/88 – agosto/1995.
MIGUEL REALE, Consulta sobre o Decreto n.º 43092 e o Cabimento de Ação Civil Pública para assegurar, aos aposentados e pensionistas da previdência social, reajuste em seus proventos, (org.) GILMAR FERREIRA MENDES, in APOSENTADORIAS E PENSÕES DO INSS – O reajuste de 147%, São Paulo, Ministério da Previdência Social, editora Resenha Tributária, maio/1992.

83. Essa equiparação inadequada entre consumidor, de um lado, e depositante e mutuário ou usuário de serviços bancários, de outro, é fomentada pela Lei n.º 8.078/90, em particular, pela inconstitucional expressão ora impugnada, sendo os consectários dessa equiparação facilmente perceptíveis.

84. Com efeito, tratar de forma igual ao consumidor o depositante, o mutuário e o arrendatário mercantil é tão equivocado quanto equiparar consumidor a contribuinte.

85. Assim, se, na defesa dos direitos do consumidor, mostra-se cabível o ajuizamento de ação civil pública, o mesmo não se pode dizer das relações oriundas do contrato de mútuo, de arrendamento mercantil ou das relações fiscais.

86. Essas hipóteses prestigiam relações pautadas em direitos pessoais e disponíveis, nas quais inexistente um direito ao crédito. Essa é, inclusive, a compreensão dessa Corte Constitucional em relação à matéria tributária, conforme se depreende do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 195.056²⁰.

87. É bem de ver que, diante das disposições da Lei n.º 8.078/90, surgiram imediatamente espertos hermeneutas, que suscitaram, perante o Poder Judiciário, litígios contra as instituições financeiras, sobretudo em ações coletivas, por meio de representantes de clientes de bancos, para obter, com base no Código de Defesa do Consumidor, sentenças modificativas de contratos celebrados de acordo com os mandamentos do Banco Central do Brasil.

88. Por este meio estão sendo atacadas não apenas as partes contratantes, mas a própria disciplina do Sistema Financeiro Nacional, pois a esta aquelas estão submetidas quando contratam.

20 Vejam-se, nesse sentido, os votos dos Ministros CARLOS VELLOSO, MAURÍCIO CORRÊA e SEPÚLVEDA PERTENCE, publicados, respectivamente, na Revista de Direito Bancário, ano 1, n.º 3., set-dez, 1998, p.169; Revista de Direito Bancário, Ano 2, n.º 4, jan-abr, 1999, p.189; e, Revista de Direito Bancário, Ano 3, n.º 8, abr-jun, 2000, p. 163.

89. A rebeldia contra a ordem constitucional vem aumentando a cada nova decisão judicial que acolhe, no direito bancário, as disposições, modelos, fundamentos e conceitos concebidos para as relações de consumo e, não, para operações e serviços bancários, embasados em outros princípios e em concepções técnicas diversas. Tanto é assim que são disciplinados em lei especial, recebida como complementar, e sobre os quais a norma ordinária não pode incidir sequer por analogia, nem muito menos, como o faz o texto impugnado, de forma direta, afastando por inteiro a regência hierarquicamente superior.

90. Apenas como um demonstrativo do ora aduzido, citam-se os recursos especiais oriundos de ações coletivas que visam à revisão judicial de contratos celebrados entre os bancos e correntistas e entre aqueles e os contratantes de arrendamento mercantil: Recurso Especial 106.888, Recurso Especial 163.231, Recurso Especial 296.163 e Recurso Especial 138.030, dentre uma miríade de precedentes conexos.

91. Outrossim, a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça acaba de manter decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgou procedente ação civil pública, a qual considerou nula a cláusula de correção cambial em contratos de arrendamento mercantil financiados por recursos externos. Trata-se de decisão de 16.08.2001, no REsp n.º 268.661, decidido por maioria, com um voto vencido, que pretendia que o ônus da correção fosse dividido entre ambas as partes (doc. 11).

92. Ademais, a imprensa vem, desde o início do ano, esclarecendo que:

“O STJ reforça posição de que contrato bancário é relação de consumo” (doc. 12).

93. A multiplicação dessas decisões, no Superior Tribunal de Justiça, que são recentes, datando a maioria delas de 2001, pode tornar inviável a totalidade das operações de financiamento em moeda estrangeira. Além de divergirem de jurisprudência sedimentada da Corte Suprema, que foi mantida

durante mais de vinte anos²¹, essas decisões proferidas em ação civil pública ameaçam impedir todo o fluxo de financiamentos internacionais dos quais o país precisa para o seu desenvolvimento e dos quais os banqueiros internacionais não querem assumir o risco de ver anulada a cláusula de correção cambial. O que também pode causar prejuízos incomensuráveis aos bancos nacionais repassadores, os quais receberão os débitos sem correção cambial e deverão pagá-la aos seus credores no exterior, numa fase de grande variação do valor do dólar no país.

94. Existem numerosas outras ações nas quais há decisões judiciais mandando aplicar a Lei da Usura aos bancos, em desobediência à Corte Suprema e à jurisprudência dominante.

95. No Rio de Janeiro, foi intentada pelo Ministério Público ação civil pública para desconstituir os efeitos financeiros da privatização do BANERJ e, conseqüentemente, da alienação de suas ações ao BANCO ITAÚ, ameaçando abalar toda a estrutura da operação²².

96. Ocorre, ainda, que a incidência do Código de Defesa do Consumidor, em relação às instituições financeiras, só se tornou efetiva com as recentes decisões de última instância no plano infraconstitucional, o que explica que somente agora o problema seja suscitado no Supremo Tribunal Federal.

97. Ficam, assim, evidenciadas tanto a relevância jurídica do pedido, quanto a urgência da solução, por se tratar de situação na qual há uma séria ameaça ao bom funcionamento do sistema financeiro, ensejando, no momento, maiores encargos para os próprios mutuários, em virtude dos riscos que as instituições financeiras estão correndo com a insegurança jurídica reinante. Tais riscos e a inadimplência decorrente acabam aumentando o custo do dinheiro.

²¹ A jurisprudência do Superior Tribunal Federal é mansa e pacífica há mais de 20 anos. Efetivamente, a validade da correção cambial no caso de repasse de recursos captados no exterior foi reconhecida nos acórdãos do RE n.º 93.203, julgado em 10.2.81 (RTJ 101/765), do RE n.º 93.763-3 (RT 552/255) e dos embargos interpostos contra esta última decisão mediante julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 13.8.81 (RT 99/1371). No mesmo sentido RTJ 102/110.

98. A presente ação direta não pretende ser um recurso contra as mencionadas decisões, posto que as partes interessadas certamente agirão da forma adequada para defender seus interesses. **Aqui se defende a ordem jurídica e as decisões citadas apenas demonstram o quanto está sendo desrespeitado o sistema constitucional brasileiro e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque numerosas decisões dos demais tribunais entenderam aplicar, em casos concretos, as normas legais de lei ordinária em situações reservadas para lei complementar.**

99. Demonstra-se, pois, **a desordem implantada no sistema pela total inconstitucionalidade das normas impugnadas e de sua aplicação concreta.**

100. Além da inconstitucionalidade, acentua-se a rebeldia das instâncias inferiores contra a decisão desta Suprema Corte na ADIn n.º 4, afrontando o disposto no parágrafo único do art. 28 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que deu às decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário.

101. No sentido de exigir lei complementar para aplicar o disposto no art. 192, §3º, da Constituição Federal, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal em inúmeras decisões recentes. Trazem-se os seguintes julgados, a título estritamente ilustrativo, confirmando a posição consolidada nessa Corte Constitucional: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 275635, relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA (DJ de 4.5.01, p. 00012); Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 281.744, relator Min. ILMAR GALVÃO (DJ de 4.5.01, p. 00032), Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 314.964, relator Min. NÉRI DA SILVEIRA; Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n.º 262.711, relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE e Recursos Extraordinários n.º 318.099, 317.820, 316.872, 316.551, 313.953, 302.926, 301.095 e 300.582. Essas últimas decisões não foram publicadas.

102. Por fim, imperioso mencionar dois precedentes trazidos à colação pelo Advogado-Geral da União, quando do recente exame, pelo Plenário dessa Corte, em 18.10.01, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.223, em que se pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de disposições da Lei n.º 9.932/99, que versa sobre a privatização do IRB - BRASIL RESSEGUROS S.A.

103. Os precedentes invocados são as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 449 (Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 22.11.1996, ementário n.º 1851-01) e n.º 1.312 (Relator Ministro MOREIRA ALVES, ementário n.º 1810-02).

104. Uma análise mais acurada dessas decisões **não só leva à conclusão de que os precedentes não se aplicam ao presente caso, como reafirmam a necessidade de lei complementar para regulamentar as matérias específicas atinentes ao Sistema Financeiro Nacional.**

105. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 449 tratou da inconstitucionalidade de se excluir do então plenamente vigente Regime Jurídico Único dos Servidores, estatuído pela Lei n.º 8.112/90, os funcionários do Banco Central.

106. Ficou consignado na ADIn n.º 449 que a questão relacionada ao pessoal do Banco Central não estava ligada à lei complementar, pois, na expressão do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, *“Na Constituição, art. 39, não há nenhuma ressalva a viabilizar tratamento distinto para um ente autárquico”*²³.

107. Em relação à tese aqui defendida, tem-se, na ação direta supra, o seu reforço nas palavras do Ministro CARLOS VELLOSO:

“No que toca à organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central, as normas constantes da Lei 4.595, de 1964, têm status de lei complementar.

No que diz respeito, entretanto, ao pessoal do Banco Central, assim não ocorre, dado que essa matéria não se inclui naquelas postas, expressamente, no inciso IV do art. 192 da Constituição ...”²⁴ (negrito do original, grifamos).

108. O Ministro MOREIRA ALVES arremata a questão, também na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 449, deixando expresso que:

*“..., a Lei n.º 4.595, na parte concernente ao regime jurídico dos funcionários do Banco Central já não tinha a natureza de lei complementar sob a vigência da Emenda Constitucional n.º 1/69, e, à semelhança das normas penais ali contidas, as normas relativas a esse regime jurídico foram recebidas como normas de lei ordinária, podendo, portanto, ser modificadas pela lei do regime único que também é lei ordinária”.*²⁵

109. Dificultoso não é depreender que a questão relacionada à lei ordinária é somente a de pessoal, mas que “a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas”, previstos no art. 192, IV, são reservados estritamente a lei complementar.

110. Por meio da expressão da Lei ordinária n.º 8.078/90, ora impugnada, não se criam atribuições às instituições financeiras? Como, então, não concluir pela sua completa incompatibilidade com a Constituição?

111. Na ADIn n.º 1312, o que mais desperta a atenção é a expressão usada pelo Ministro MOREIRA ALVES, ao mostrar espécie com o tratamento dispensado ao Conselho Monetário Nacional por medida provisória: “*Impressiona, é certo, a tese de que o Conselho Monetário Nacional compõe o*

24 RTJ 162/432.

25 RTI 162/436.

sistema financeiro, cuja disciplina foi reservada à lei complementar, o que como é consensual – elide a hipótese de seu tratamento normativo por medida provisória” (grifamos).

112. Segue o Ministro MOREIRA ALVES, ainda, ao discutir a situação do Conselho Monetário Nacional no Sistema Financeiro Nacional, para concluir que, para seus integrantes, a regulação operar-se-á integralmente mediante lei complementar:

“Não basta à solução do problema que o art. 192, IV, CF, haja incluído, no âmbito da lei complementar do sistema financeiro, ‘a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas’: o inciso pode, ao contrário, ser interpretado no sentido de que só o Banco Central e as instituições financeiras públicas - expressão que não compreende o Conselho Monetário -, é que, em razão dele, foram subtraídos da regra geral da competência da lei ordinária para a organização e o funcionamento da administração federal.”²⁶

113. Destaque-se que as instituições financeiras públicas e privadas, as que interessam à requerente, só não foram mencionadas na consideração do Ministro MOREIRA ALVES, porquanto a discussão cingiu-se à aplicação da Lei n.º 4.595/64 no âmbito da Administração Pública. Em sentido contrário, pela exegese feita da expressão “instituições públicas”, inscrita no art. 192, IV, necessário é concluir que para as instituições privadas a regulamentação também deve ser feita por meio da referida lei, tanto mais que a lei, no seu art. 1º, equipara os bancos privados aos públicos.

114. Impende repisar, ainda, que a requerente, por meio da presente ação, não pretende obter um salvo conduto para seus associados, liberando-os da obediência às normas de disciplina para suas atuações, nem eximi-los de responsabilidades. Aspira-se tão-somente a fazer imperar a norma constitucional e a regulamentação adequada.

115. Efetivamente, pretende a requerente, sim, a subsunção de suas filiadas, no exercício de suas funções, a um Estado de Direito, a normas promanadas de um devido processo legislativo e a leis formalmente adequadas ao tema nelas contido. Esperam-se atos do legislador complementar, submetidos à regulamentação pelo Conselho Monetário Nacional, e, não, regulamentados por obra do legislador ordinário.

VIII. DO CABIMENTO DA SUSPENSÃO LIMINAR E DA ADOÇÃO DO RITO DO ART. 12 DA LEI Nº 9.868/99

116. Em se tratando de lei editada há uma década, seria admissível ponderar-se a desnecessidade de suspensão liminar das expressões normativas impugnadas.

117. No entanto, na espécie, tornou-se relevante e urgente o provimento cautelar, diante da avalanche de decisões contrárias à Constituição fundadas no texto inconstitucional, não atacada antes a disposição ora impugnada pela justificável presunção de que o Judiciário não aplicaria, *incidentur tantum*, norma inconstitucional e pela certeza de que as instâncias inferiores conheciam a jurisprudência da nossa Suprema Corte e obedeceriam às diretrizes fixadas nas suas decisões.

118. Para casos como este, em que se torna indiscutível o cabimento da providência cautelar, ao menos *ex nunc*, há os precedentes deste próprio e Excelso Tribunal, a começar pela decisão abaixo citada, que teve o voto condutor do ilustre Ministro **MOREIRA ALVES**:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. Inciso X do parágrafo único do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Não há dúvida de que há relevância jurídica nas questões de saber se, em face da atual Constituição, persiste a necessidade da observância pelos Estados das normas federais sobre o processo legislativo nela estabelecido, bem como se o preceito do §7º do artigo 144 da Carta Magna Federal, o qual alude a lei ordinária, se aplica à Lei Orgânica da Polícia Civil Estadual.

- Dada a relevância jurídica dessas questões, que envolvem o alcance do Poder Constituinte Decorrente que é atribuído aos Estados, é possível, como se entendeu em precedentes desta Corte, utilizar-se do critério da conveniência, em lugar do *periculum in mora*, para a concessão de medida liminar, ainda quando o dispositivo impugnado já esteja em vigor há anos. Pedido de liminar deferido, para suspender, *ex nunc* e até a decisão final desta ação, a eficácia do inciso X do parágrafo único do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro” (Relator Min. MOREIRA ALVES ADIn 2.314/RJ).

119. Com igual relevo, são as ponderações do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 293, trazendo de modo claro que, além do juízo de conveniência e de oportunidade, essa Corte deve atentar-se para o fato de que, estando a Constituição lesionada por normas infraconstitucionais, tem-se, desde já, caracterizado o *periculum in mora*, ensejador do provimento liminar, haja vista a insustentabilidade, em um Estado de Direito, da manutenção dessa lesão:

“

Senhor Presidente, em vários precedentes, nesta Casa, tenho acentuado que, na ação direta de inconstitucionalidade, se manifesta a inconstitucionalidade argüida, a suspensão liminar se impõe sem outros requisitos.

Parece-me com efeito, que, se a mera plausibilidade da argüição a legítima, quando somada a razões de conveniência, sejam elas, ou não, as do periculum in mora, a evidência da inconstitucionalidade impõe a suspensão imediata, porque traz em si mesma a necessidade de pôr cobro, de logo, à ofensa já verificada da ordem jurídica fundamental.

A essa conclusão, Senhor Presidente, não afastos que possa haver temperamentos e objeções, se se cuida de norma que afete interesses privados, reparáveis. Mas, a mim, ela me parece indiscutível, quando se cuida do restabelecimento de princípios básicos do regime constitucional de poderes, cuja ofensa continuada é, por si mesma, o maior periculum in mora que se possa configurar.”²⁷

120. No mesmo sentido, todas estas outras decisões desta Corte, fundadas na conveniência em razão da relevância da matéria e dos distúrbios que causam a continuidade da aplicação da lei:

ADInMC 1.087: "DADA A RELEVÂNCIA JURÍDICA DESSAS QUESTÕES, QUE ENVOLVEM O ALCANCE DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE QUE É ATRIBUÍDO AOS ESTADOS, É POSSÍVEL - COMO SE ENTENDEU NO EXAME DA MEDIDA LIMINAR REQUERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 568 - UTILIZAR-SE DO CRITÉRIO DA CONVENIÊNCIA, EM LUGAR DO 'PERICULUM IN MORA', PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR, AINDA QUANDO O DISPOSITIVO IMPUGNADO JÁ ESTEJA EM VIGOR HÁ ALGUNS ANOS."

ADInMC 2.314: "Dada a relevância jurídica dessas questões, que envolvem o alcance do Poder Constituinte Decorrente que é atribuído aos Estados, é possível, como se entendeu em precedentes desta Corte, utilizar-se do critério da conveniência, em lugar do 'periculum in mora', para a concessão de medida liminar, ainda quando o dispositivo impugnado já esteja em vigor há anos."

ADInMC 568: "A alta relevância da questão - alcance do poder constituinte decorrente atribuído aos Estados-membros - torna possível invocar o juízo de conveniência, que constitui critério adotado e aceito pelo Supremo Tribunal Federal, em sede jurisdicional concentrada, para efeito de concessão da medida cautelar. Precedentes."

ADInMC 1.137: "Norma que, embora editada há certo tempo, restringe a percepção de verba alimentar a justificar a conveniência de sua suspensão cautelar até o julgamento definitivo da causa."

ADInMC 1.960: "Ocorrência do requisito da conveniência da suspensão requerida." (Obs.: trata-se, no caso, de lei de 1992, cuja suspensão cautelar foi deferida em 1999.)

ADInMC 1.879: "Ocorrência do requisito da conveniência para a suspensão dos dispositivos legais impugnados." (Obs.: conveniência da

suspensão cautelar dada a manifesta plausibilidade do pedido.)

ADInMC 2.157: “Conveniência da concessão da liminar.” (Obs.: conveniência da suspensão cautelar dada a repercussão financeira das normas em questão.)

ADInMC 1.659: “Ocorrência do requisito da conveniência da suspensão de sua eficácia.” (Obs.: conveniência da suspensão cautelar pelo grande número de ações de restituição do tributo indevido.)

ADInMC 493: “RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ARGÜIÇÃO E CONVENIÊNCIA DA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR REQUERIDA.” (Obs.: conveniência da suspensão cautelar pela multiplicidade de ações que já começam a ser propostas.)

ADInMC 1.942: “Ocorrência do requisito da conveniência para a concessão da liminar.” (Obs.: conveniência da suspensão cautelar por se tratar de segurança pública - ação direta ajuizada em 1999 contra lei de 1996.)

ADInMC 1.623: “Por outro lado, manifesta-se a conveniência da concessão da liminar, inclusive pela possibilidade de aumento dos distúrbios sociais que vêm causando a aplicação dessa lei.” (Obs.: ação direta ajuizada em 1997 contra lei de 1992.)

121. No presente caso, sobreleva-se de importância o substrato fático em que incide a presente instauração do procedimento de fiscalização abstrata da constitucionalidade. Conforme destacado, há uma verdadeira enxurrada de contendas judiciais, imputando às instituições filiadas às federações agremiadas pela à requerente a aplicação das disposições inconstitucionais do Código de Defesa do Consumidor.

122. Por todo o exposto, requer-se a suspensão cautelar *ex nunc* da eficácia da expressão “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*” do §2º do art. 3º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, até decisão final desta ação, por lesar os comandos do art. 192, *caput*, II e IV, e 5º, LIV, da Constituição da República.

123. Acresce que, pela sua própria natureza, os efeitos da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras não podem ser desconstituídos ou compensados *a posteriori*, não havendo como os bancos se ressarcirem de perdas decorrentes de liminar em ação civil pública, pois deveriam entrar com milhares de ações que ainda viriam a sobrecarregar ainda mais o Judiciário, sem grande possibilidade de reaverem o que deixaram de lhes pagar.

124. No âmbito processual, como pedido alternativo, tendo em vista o requerimento de medida liminar e tendo em vista a importância social e econômica que a questão trará, roga-se ao eminente relator que adote o rito processual previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99, verbis:

“Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a questão” (grifamos).

IX. DO PEDIDO

125. Em face do articulado na presente ação direta, requer-se:

- a) a concessão de medida liminar, suspendendo, com eficácia *ex-nunc*, a expressão “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”, constante do art. 3º, §2º, da Lei n.º 8.078/90;
- b) a prestação de informações dos requeridos (Presidente da República e Congresso Nacional), no prazo de 05 dias, para fins da aplicação do procedimento previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99;

- c) a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo de 5 dias cada, em atenção ao procedimento previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99; e,
- d) a apreciação definitiva do mérito, julgando-se procedente a ação para declarar, com eficácia *ex tunc*, a inconstitucionalidade da expressão “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”, constante do art. 3º, §2º, da Lei n.º 8.078/90, em face da afronta aos comandos do art. 192, *caput*, II e IV, da Constituição da República, e, ainda, ao princípio do devido processo legal em sentido substantivo, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

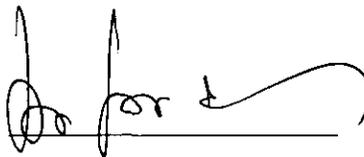
Nestes termos,

Pede deferimento.

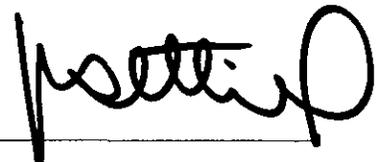
Brasília, 26/12/01.



ARNOLDO WALD
OAB/DF 1474-A



IVES GANDRA S. MARTINS
OAB/SP 11.178



LUIZ CARLOS BETTIOL
OAB/DF 222

ANEXOS II – Acórdãos que influenciaram a Súmula 297 do STJ

Salete

Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 57.974-0-RS
(REG. 94 386150)**

**RELATOR
RECORRENTE
RECORRIDO
ADVOGADOS**

**O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR
BANCO DO BRASIL S/A
SADI RAZERA
IZAIAS BATISTA DE ARAÚJO E OUTROS
NELSO ANTÔNIO BONAFE**

EMENTA

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10 %.

1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.

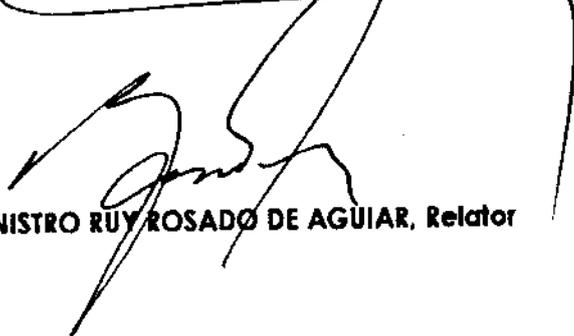
2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (DEC. 22.926/33), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do artigo 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do artigo 52, parágrafo 1º, do CODECON, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, FONTES DE ALENCAR E BARROS MONTEIRO. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO.

Brasília-DF, em 25 de abril de 1995 (data do julgamento).


MINISTRO FONTES DE ALENCAR, Presidente


MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator

094003860
015013000
005797400

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ARQUIVO GERAL DIV. DE ACÓRDÃOS
29/MAR/1995 Pub. no DJ

RECURSO ESPECIAL Nº 175.795 - RIO GRANDE DO SUL (98/0039197-5)

RELATOR : **MINISTRO WALDEMAR ZVEITER**
RECTE : BANCO MERIDIONAL DO BRASIL S/A
ADVOGADO : ANTÔNIO JOSÉ ANTUNES E OUTROS
RECDO : RYAN COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA E OUTRO
ADVOGADO : HILARIO ANTÔNIO LOVATTO E OUTROS

EMENTA

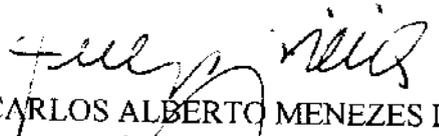
CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

- I - Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contempladas no art. 3º, parágrafo segundo, estão submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor.
- II - A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que é admissível a capitalização mensal dos juros, desde que pactuada (Súmula 93, do STJ).
- III - Ausência, no caso, de pacto de capitalização mensal dos juros.
- IV - Recurso não conhecido.

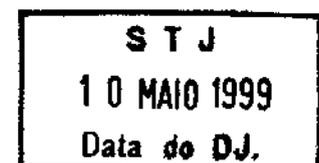
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Menezes Direito, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 9 de março de 1999 (data do julgamento).


MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
Presidente


MINISTRO WALDEMAR ZVEITER
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 106.888 - PR (1996/000056344-6)

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CADERNETA DE POUPANÇA. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. LITISCONSÓRCIO ATIVO. ADMISSÃO.

- O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança.

- Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano, da associação autora da ação, de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos.

- A inclusão de litisconsortes, na ação civil pública, segue as regras do Código de Processo Civil, sendo admitida, de regra, apenas em momento anterior à citação da ré. Na presente hipótese, contudo, constou expressamente da petição inicial o pedido de publicação do edital para a convocação dos interessados, o que somente se deu após a citação, por inércia do magistrado de primeiro grau. Não se pretendeu alterar o pedido ou a causa de pedir, sendo aberta vista à parte contrária, que teve a oportunidade de se manifestar sobre a petição e os documentos a ela acostados, de forma que não houve qualquer prejuízo para o exercício de sua ampla defesa, sendo-lhe assegurado o contraditório. Destarte, admissível, ante às peculiaridades do caso e apenas excepcionalmente, o litisconsórcio ativo após a citação.

- Recurso especial conhecido e provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

01. Insurgem-se os recorrentes contra a parte da decisão que acatou a preliminar de ilegitimidade ativa da associação autora e declarou a inépcia da petição inicial dos litisconsortes, extinguindo a ação civil pública, sem julgamento do mérito.

02. Análise, prefacialmente, a questão da legitimidade ativa para a causa da Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - APADECO.

O v. decisório hostilizado, no que tange à suposta ilegitimidade da associação de defesa dos consumidores para figurar no pólo ativo da ação civil pública, fundamenta-se nos seguintes pontos:

1) A ação civil pública não se presta à obtenção de ressarcimento por supostos prejuízos individuais - tais como a atualização monetária de contas de poupança -, só sendo admissível a defesa coletiva quando se tratar de interesses ou direitos difusos ou coletivos, vinculados a relações de consumo mediante remuneração, o que incorre no contrato de depósito bancário - quer em conta corrente, quer em conta poupança -, por não se constituir serviço pago ao banco, existindo, apenas, interesse individual disponível;

II) A legitimidade concorrente da associação de defesa do consumidor, para a promoção de ação civil pública, exige que esteja ela legalmente constituída há pelo menos um ano, 'ex vi' do art. 82, IV, da Lei 8.078/90. E a pretensão de pagamento de diferenças de índices de correção monetária a possuidores de cadernetas de poupança, não se enquadra nas exceções previstas no § 1º daquele dispositivo.

03. Quanto à natureza das relações bancárias com os clientes, observo que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente da Seção de Direito Privado, a importante questão da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários já foi objeto de diversos pronunciamentos, de forma pontual, em sua maioria no sentido da incidência do Código de Defesa do Consumidor, consoante se extrai dos seguintes precedentes:

a) tratando genericamente do tema, apenas para não conhecer do recurso do banco, porque a instituição financeira estaria sujeita aos princípios e regras do CDC, o REsp 163.616 — RS, Relator o eminente Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, DJ de 03.08.98;

b) aplicando o CDC às instituições financeiras, para limitar a multa em 10% sobre o valor do contrato, o REsp 57.974 — RS, Relator o eminente Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, DJ de 29.05.95;

c) em nota de crédito rural emitida depois da vigência do CDC, redigida de forma irregular, sem clareza, não atendendo às exigências do art. 54, § 3º, do CDC, o REsp 47.146 — SC, Relator o eminente Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, DJ 06.02.95;

d) aplicando o CDC para fins de inversão do ônus da prova, determinando que o banco apresente cópia do contrato revisando, o AGRag 49.124 — RS, Relator o eminente Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, DJ 31.10.94;

e) em contrato de abertura de crédito e cédula de crédito comercial, não conhecendo do recurso quanto ao tema, por considerar aplicável o CDC, com base no REsp 57.974 — RS já citado, os REsp 142.799 — RS e 175.795 - RS, Relator o eminente Ministro **Waldemar Zveiter**, DJs de 14.12.98 e 10.05.99).

f) não conhecendo de recurso do banco por insuficientemente impugnada a motivação das instâncias ordinárias no sentido da aplicação do CDC, o REsp 174.845 — RS, Relator o eminente Ministro **Barros Monteiro**, DJ de 05.04.99;

No sentido da não aplicação do CDC aos contratos bancários, em pontos específicos:

a) entendendo inaplicável o CDC quanto às taxas de juros, o REsp 186.596 — RS, Relator o eminente Ministro **Barros Monteiro**, DJ de 14.12.1998;

b) pela inaplicabilidade do art. 51 do CDC quanto à capitalização dos juros em crédito comercial, o REsp 151.466 — RS, Relator o eminente Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, DJ 21.09.98.

Impende, contudo, estabelecer se o Código de Defesa do Consumidor incide sobre todas as relações e contratos pactuados entre as instituições financeiras e seus clientes, como os depósitos em caderneta de poupança, de que aqui se trata, ou se apenas na parte relativa à expedição de talonários, fornecimento de extratos, cobrança de contas, guarda de bens e outros serviços afins.

Superior Tribunal de Justiça

É o que passo a fazer.

O próprio Código de Defesa do Consumidor se ocupa em trazer as definições de consumidor, fornecedor, produto e serviço, para efeito de sua incidência nas relações consideradas como de consumo, *verbis*:

"Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único - Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º- Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º- Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

A lei é suficientemente clara ao definir o que sejam consumidores e fornecedores de produtos e serviços, enquadrando expressamente, nesses conceitos, as instituições financeiras e seus clientes.

Não procede o argumento utilizado, com o fim de descaracterizar a relação de consumo, de que os depósitos em caderneta de poupança não são remunerados.

Conquanto os clientes, titulares das cadernetas de poupança, não paguem diretamente às instituições financeiras pelos depósitos efetuados, o fato é que os bancos obtém a sua remuneração do próprio uso do dinheiro dos poupadores, aplicando livremente no mercado financeiro um percentual máximo determinado pelo Banco Central do Brasil, repassando apenas parte do lucro auferido aos verdadeiros donos do numerário.

Nessa ciranda financeira, tenho por certo que os bancos depositários são remunerados por todos os seus serviços - muitas vezes regamente, diga-se de passagem - inclusive pelos depósitos em cadernetas de poupança.

O negócio é tão lucrativo que eles se servem, para angariar clientela, de todos os meios que têm à sua disposição, investindo pesado na propaganda e no **marketing**, inclusive com **slogans** que fazem expressa referência a seus **produtos** e **serviços** como sendo os mais vantajosos do mercado.

Portanto, as relações existentes entre os clientes e a instituição financeira, nelas incluídas as cadernetas de poupança, apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo.

Não fosse o suficiente, o parágrafo 2º do art. 3º do CDC assevera textualmente que entre as atividades consideradas como serviço encontram-se as de **natureza bancária, financeira e creditícia**.

Salta aos olhos, assim, que os serviços prestados pelos bancos a seus

Superior Tribunal de Justiça

clientes estão abrangidos pela lei de defesa do consumidor, em especial as cadernetas de poupança e os contratos tipicamente bancários de concessão de crédito, em suas diversas formas: mútuos em geral, financiamentos rural, comercial, industrial ou para exportação, contratos de câmbio, empréstimos para capital de giro, abertura de crédito em conta corrente e abertura de crédito fixo, ou quaisquer outras modalidades do gênero.

Registro que no voto-vista proferido no REsp 213.825-RS, Relator o eminente Ministro **Barros Monteiro** (julgado em 28.08.2000), eu já havia manifestado o meu posicionamento no sentido da aplicação do CDC em contrato de financiamento hipotecário.

Ainda em respaldo desse entendimento, trago o REsp 160.861 - SP, Relator o eminente Ministro **Costa Leite** (DJ 03.08.98), versando sobre a mesma questão aqui debatida, no qual foi admitida a legitimidade ativa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor para ajuizar ação civil pública visando a cobrança de diferenças de correção monetária em cadernetas de poupança, citando-se, ainda, a jurisprudência desta Corte no sentido da existência da relação de consumo. O precedente da Terceira Turma ficou assim ementado, *verbis*:

"Poupança. Correção monetária. Legitimação para a causa. Ação proposta pelo IDEC.

Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida com base em dois fundamentos, dizendo o primeiro deles exclusivamente com a interpretação do texto constitucional (Art. 5º, XXI). Improriedade do especial. Reconhecida, entretanto, a existência de relação de consumo, por tratar-se de serviço de natureza bancária (Art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido, para arredar o fundamento infraconstitucional do acórdão."

Destarte, conclui-se que a Lei nº 8.078/90, o chamado e benfazejo Código de Defesa do Consumidor, aplica-se aos contratos de depósito de caderneta de poupança, sendo possível, portanto, a defesa dos poupadores em juízo por instituições criadas com o fim específico de dar amparo jurídico e judicial aos consumidores.

04. Ainda quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie, acuso que o ilustre causídico representante do banco recorrido, em seu judicioso memorial, adiciona o argumento de que, segundo a jurisprudência desta Corte, não se aplicam as normas do referido diploma "aos contratos celebrados anteriormente ao seu advento, bem como aos respectivos efeitos".

Cuida-se, todavia, de matéria de defesa que não mereceu a mais mínima interpretação por parte das instâncias ordinárias, até mesmo porque não suscitada pela parte, seja em sua peça contestatória, seja nas razões de apelação.

Efetivamente, o recorrido reservou a arguição do tema para a instância de superposição, o que não se admite, máxime no caso, em que o fez somente com a elaboração dos memoriais, nada mencionando a esse respeito em suas contra-razões ao recurso especial.

Entretanto, como é cediço, para que a matéria reste prequestionada, mesmo em se tratando de objeção às razões do recurso especial, há necessidade

Superior Tribunal de Justiça

tanto de que seja levantada pela parte na Corte ordinária, quanto de que seja por esta efetivamente debatida ao decidir a apelação.

Assim, quanto ao tema específico, verifico a ausência do debate, estando inexistente o prequestionamento, por isso que obstaculizada a sua análise no julgamento do apelo excepcional.

05. No que pertinente à dita ausência de direito difuso ou coletivo a ensejar o ajuizamento da ação civil pública, ressalte-se que os **direitos individuais homogêneos** estão amparados textualmente pela legislação do consumidor e também pela lei que regulamenta a utilização da ação coletiva.

Logo no primeiro dispositivo da Lei 7.347/85, que "*Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*", está assegurada a via processual coletiva para defender os danos causados aos consumidores, *verbis*:

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

(... omissis...)

II- ao consumidor;"

Em seu art. 21, está disposto que "*aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e **individuais**, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*" (grifo nosso).

O referido Título III, da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, trata exatamente da defesa do consumidor em juízo, assim rezando o art. 81:

"A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(... omissis...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Por sua vez, o art. 91 do mesmo diploma permite que as associações criadas com a finalidade de proteger os direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, na qual se insere a agora recorrente, se valham da ação civil coletiva para reparar os danos **individualmente** sofridos, *verbis*:

"Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes."

Portanto, é certo que as diferenças de rendimentos creditados a menor nas cadernetas de poupança celebradas com a instituição financeira ré estão suscetíveis de sofrerem proteção pela via da ação civil coletiva, por serem ditos direitos individuais homogêneos, pois, no mínimo, decorrentes de origem comum.

Transcrevo, a respeito dos direitos individuais homogêneos, o seguinte trecho do voto por mim proferido na relatoria de recurso especial interposto pela

Superior Tribunal de Justiça

Philip Morris Marketing S/A, em ação civil pública contra si ajuizada pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante, não conhecido pela Quarta Turma, à unanimidade (REsp 140.097-SP, DJ de 11.09.2000):

"01. Como visto, a Associação de Defesa da Saúde do Fumante - ADESF, ora recorrida, aforou, em 25 de julho de 1995, contra a ora recorrente e outra, uma **ação civil coletiva de responsabilidade por danos individuais homogêneos**, com base em vários dispositivos da Constituição Federal, do Código Civil, do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor, deste logo sendo destacados o inciso III do parágrafo único do art. 81 e o inciso IV e § 1º do art. 82.

02. Percebe-se, destarte, que pretende a recorrida fazer a defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos.

Isso já me dispensa de tecer qualquer consideração sobre os interesses e direitos transindividuais, tanto os difusos como os coletivos, previstos nos incisos I e II do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, atendo-me, pois, apenas aos interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum.

03. Como sabido, esses direitos individuais homogêneos se referem a um número indeterminado de pessoas ainda não-identificadas. Esses direitos são individuais porque têm indivíduos como centro de imputação e são homogêneos porque, por definição legal, têm origem comum, como se dá, por exemplo, em razão da existência da potencialidade lesiva de um produto.

Na ação proposta com o objetivo de defender coletivamente os interesses ou direitos individuais homogêneos, como na hipótese em tablado, o processo de conhecimento é coletivista, por isso que a sentença ali proferida é genérica (art. 95/CDC), limitando-se, por exemplo, em caso de procedência do pedido, apenas a reconhecer a potencialidade lesiva de um produto que esteja sendo cogitado, e determinando a responsabilidade que disso possa advir, estabelecendo o cabimento da reparação decorrente da condenação.

Destarte, uma vez já tendo sido proferida uma sentença condenatória genérica já se tem por superado o **acidente de coletivismo** que no processo de conhecimento legitima o seu trato em **feixe**.

Somente ao se passar para as fases de liquidação (art. 97) e de execução (art. 97 e 98/CDC), é que a tutela se individualiza, pois cada caso será objeto de elaboração personalizada segundo os danos que cada qual sofreu e, de modo mais geral, segundo o direito que cada um demonstrar.

O que dá qualificação a esses direitos individuais homogêneos, em face de sua dimensão social, é o chamado **impacto de massa**, por ser grande o número de interessados e das **graves repercussões na comunidade** que possam ser provocadas pela potencialidade lesiva de um produto, núcleo comum das pretensões de todos. Tem-se, assim, na fase de conhecimento, um trato processual coletivista a direitos e interesses individuais.

Com efeito, inexistente tutela coletiva a pessoas conhecidas, ou facilmente identificáveis, ou poucas.

Para considerar-se coletivo ou difuso, o direito ou interesse deve necessariamente reportar-se a pessoas não-determinadas e não-determináveis.

Superior Tribunal de Justiça

Entre essa indeterminabilidade, caracterizadora dos interesses e direitos difusos ou coletivos, e o estado de determinação que existe nos direitos individuais comuns, existe, inerente aos direitos e interesses individuais homogêneos, a determinabilidade, que é a possibilidade de se determinar aquilo que não está ainda determinado.

04. Por outro lado, a Constituição Federal, no inciso XXI do seu art. 5º, inserido no Capítulo que cuida "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", estabeleceu outra via processual para agrupar interesses pertinentes a pessoas já definidas e identificáveis, mediante a legitimação ordinária de certas entidades associativas para representarem judicialmente os seus membros, filiados ou associados na defesa de seus direitos e interesses.

Mas essa via processual não se confunde com a ação que visa defender coletivamente os interesses ou direitos individuais homogêneos, de que cuida o inciso III do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor,

É que, ao admitir essa representação, a Constituição Federal quis apenas, e aí se deu um grande avanço no plano da representação processual, qualificar certas entidades a prestarem um serviço de assistência jurídico-judiciária, mais ou menos como o Estado presta aos necessitados.

Contudo, para que essas entidades associativas possam propor ação, a própria regra constitucional exige que elas recebam prévia autorização expressa e individual outorgada por seus filiados, sendo de assinalar-se que somente esses que autorizaram é que receberão os efeitos favoráveis ou desfavoráveis da sentença que vier a ser proferida, sendo atingidos pela coisa julgada.

Aqui, nessa regra constitucional, a tutela é aos filiados certos e determinados, portanto individual. A entidade associativa deles recebe apenas a representação processual, evitando-se, assim, que sobre eles recaiam dissabores e empecilhos que, via de regra, alcançam aqueles que litigam individualmente."

Destarte, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor colocou à disposição das associações para este fim constituídas a ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

Acrescente-se que predomina nesta Corte o entendimento de que os interesses individuais homogêneos estão amparados pelo uso da ação civil pública, pois se analisados sob a ótica de seus reflexos na sociedade, eles ultrapassam a simples esfera individual, atingindo os interesses de toda uma coletividade, afigurando-se cabível, até mesmo, a sua defesa pelo Ministério Público. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente, cuja ementa transcrevo, no que interessa:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

A Lei nº 7.345, de 1985, é de natureza essencialmente processual limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a

Superior Tribunal de Justiça

dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto.

O art. 21 da Lei nº 7.345/85, de 1985 (inserido pelo artigo 17 da Lei 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e 'direitos individuais homogêneos', legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (artigo 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/90).

Os interesses individuais, 'in casu' (suspensão) do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - a 'ação coletiva'.

(... omissis...) " (REsp 49.272 - RS, Relator o eminente Ministro **Demócrito Reinaldo**, in DJ 17.10.94)

No mesmo sentido os seguintes precedentes desta Corte: EREsp 141.491-SC, Relator o eminente Ministro **Waldemar Zveiter**, DJ 01.08.2000; AGA 253.686-SP, Relator o eminente Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, DJ 05.06.2000; REsp's 137.889-SP e 108.249-SP, Relator o eminente Ministro **Peçanha Martins**, DJ's de 09.05.2000 e 22.05.2000, respectivamente; REsp 220.256-SP, Relator o eminente Ministro José **Delgado**, DJ 08.10.99; REsp's 168.859-RJ e 177.965-PR, Relator o eminente Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, DJ 23.08.99; REsp 95.347-SE, Relator o eminente Ministro **Edson Vidigal**, DJ 01.02.99; e REsp 58.682-MG, Relator o eminente Ministro **Eduardo Ribeiro**, DJ 16.12.96.

Patente, assim, o cabimento da ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, máxime em se tratando de direitos do consumidor.

06. Quanto à legitimidade concorrente da associação de defesa do consumidor para a promoção de ação civil pública, exige o Código de Defesa do Consumidor que esteja ela legalmente constituída há pelo menos um ano, 'ex vi' do art. 82, IV, da Lei 8.078/90.

Cumpra saber, todavia, se a pretensão de pagamento de diferenças de índices de correção monetária a possuidores de cadernetas de poupança se enquadra nas exceções previstas no § 1º daquele dispositivo, que exige manifesto interesse social na demanda, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Sobre o tema, transcrevo o que asseverei no voto por mim proferido no encargo da relatoria do REsp 140.097-SP, anteriormente citado:

*06. Devo deixar bem destacado que o recurso especial (fls. 449/467) em exame foi interposto com base na letra "a" do permissor constitucional por alegada violação **apenas** aos seguintes dispositivos do Código de Defesa do*

Consumidor: ao art. 82, IV e § 1º, por impossibilidade da dispensa da pré-constituição; ao art. 6º, VIII, porque seria descabida a inversão do ônus da prova; e ao art. 91, por impossibilidade da ação coletiva.

Portanto, devo ficar adstrito somente ao exame de referidos artigos

Superior Tribunal de Justiça

citados.

07. Início por examinar a alegada ofensa ao art. 82, IV e seu § 1º, em face da pretendida impossibilidade de dispensa da pré-constituição, isto porque a autora/recorrida foi criada em 10 de fevereiro de 1995 e o seu registro se deu somente em 11 de julho de 1995, perante o Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Capital, 14 dias antes da propositura da ação.

Não merece prosperar essa investida.

É que o fato mais natural da vida, que é a marcha inexorável do tempo, já se encarregou de esvaziá-la, pois hoje já são passados mais de cinco anos da constituição da autora/recorrida e não faria sentido encerrar o feito por essa alegada falta de pressuposto se no dia seguinte já poderia ela inquestionavelmente, com a superação desse cogitado empeco, renovar o pedido, promovendo uma nova ação.

Mas ainda que assim não fosse, o que admito apenas para dar sabor ao debate, não seria de acolher-se a pretensão da ré/recorrente, no tópico em análise.

É certo que a regra é a de que a autora deveria ter sido constituída há pelo menos um ano, para ajuizar a ação a que se propôs, o que, no caso, efetivamente não se deu.

Mas a própria lei confere ao juiz o ensejo de dispensar esse requisito da pré-constituição, quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O que a autora pretende é que as rés sejam condenadas (pedido imediato) e obrigadas a indenizarem (pedido mediato) os fumantes e ex-fumantes que se tornaram dependentes da nicotina à falta de terem sido alertados para a dependência que ela causa. Percebe-se, assim, que o bem jurídico a ser protegido é o direito que têm e tinham os fumantes e ex-fumantes, na visão da autora/recorrida, de serem informados da provocação dessa dependência.

Ora, percebe-se claramente que é relevantíssimo esse bem jurídico que se quer proteger.

E na hipótese de ser verdadeira a configuração dessa dependência, ressalta a mais não poder serem **graves as repercussões na comunidade** que possam ser provocadas pela potencialidade lesiva de não ter sido feito o alerta de que o produto nicotina causa dependência, do que decorre um manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano que pode ser causado.

Destarte, resulta claro que a hipótese reclama a incidência da regra que exceptua contida no § 1º do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, por isso mesmo que agiram certas as instâncias locais em relevar o fato de a autora/recorrida ter sido constituída há menos de um ano da data em que ajuizou a presente ação.

Nem valeria o argumento de que, se os fumantes e ex-fumantes já estavam dependentes, não haveria urgência para a propositura da ação, visto que o mal já estaria feito.

É que - a ser verdadeira a dependência - a propositura imediata da ação teria o fito de evitar novos dependentes se fosse feito o alerta de que a "nicotina causa dependência" e só isso já seria bastante para dispensar-se a pré-constituição por um ano.

Assim, desacolho o recurso, nesse tópico. "

Superior Tribunal de Justiça

Passo a verificar, assim, se preenchidos os requisitos do § 1º do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese ora examinada.

Poder-se-ia argumentar, como faz o agora recorrido, que a cobrança de diferenças de índices de correção monetária a possuidores de cadernetas de poupança não se enquadra nas exceções legais, por dizer respeito tão-somente a interesses patrimoniais, direitos disponíveis, portanto.

Todavia, observo que as cadernetas de poupança têm, em nosso país, cunho nitidamente social, na medida em que criadas para estimular a chamada 'poupança popular', notoriamente das camadas menos abastadas da população, que não dispõem de instrumentos outros para a proteção de seu dinheiro contra a corrosão sofrida por décadas de fenômeno inflacionário.

Trata-se, numa visão macro, de instituto que estampa natureza nitidamente econômica, pois utilizado como freio para conter o impulso consumista gerado pela instabilidade da economia. Por isso, a poupança popular é fortemente incentivada, como instrumento indispensável para a manutenção e a garantia da política de "crescimento controlado" da economia adotado pelo atual governo federal.

Ademais, as cadernetas de poupança atingem uma gama enorme de depositantes, crédulos na veiculada propaganda de percepção de rendimentos compatíveis com a efetiva perda do valor aquisitivo da moeda, acrescidos dos juros de 0,5% ao mês.

Nem se fale, ainda, da destinação dada aos recursos amealhados com as diversas espécies de depósitos, posto que as verbas são utilizadas, em grande parte, para o financiamento de atividades estratégicas, essenciais ao desenvolvimento do país, tais como a agricultura, a pecuária e a aquisição de casa própria.

Destarte, afigura-se manifesto interesse social da matéria, que se evidencia ainda mais pela dimensão do bem jurídico protegido, eis que abrange um número incontável de pequenos poupadores, atingidos diretamente pela nefasta reedição dos sucessivos planos econômicos.

07. Anoto, apenas por amor ao debate jurídico, que o recorrido, em seus memoriais, assevera que "*militam em desfavor da Recorrente a suas limitações estatutárias*", pois a APADECO teria como finalidade promover "*a) a defesa dos direitos dos consumidores, contribuintes e usuários dos serviços públicos e/ou privados*" (grifo no original).

Ora, uma vez debatida, à exaustão, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese, para chegar-se à conclusão positiva, por ter a relação jurídica ensejadora do debate natureza de consumo, não há que se falar em ausência de autorização estatutária para a defesa dos interesses dos poupadores/consumidores em juízo.

08. No que diz respeito à admissão de litisconsórcio ativo na ação civil

Superior Tribunal de Justiça

pública, a matéria vem regida no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

"Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor. "

O procedimento regulado não traz qualquer dúvida no sentido de que, ajuizada a ação, proceder-se-á com a publicação de edital convocatório, para que eventuais interessados se habilitem, requerendo a sua admissão como litisconsortes ativos.

Tendo-se como certo de que o Código de Processo Civil se aplica à ação civil pública, no que não dispuserem em contrário as normas procedimentais insculpidas nas leis 7.347/85 e 8.078/90, a admissão dos litisconsortes ativos deve ser feita antes de realizada a citação, consoante se extrai do seguinte dispositivo da lei de ritos:

"Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. "

A princípio, portanto, a inclusão dos interessados somente se poderia dar em momento anterior à citação e, conseqüentemente, à contestação da instituição financeira ré, o que se justifica, já que a contestação tem por finalidade servir de resposta à pretensão deduzida na petição inicial, sendo inadmissível a alteração subjetiva da lide ou do pedido, sem o assentimento da demandada.

Na presente hipótese, contudo, verifico constar expressamente da petição inicial o pedido de publicação do edital para a convocação dos interessados, que foi simplesmente ignorado pelo magistrado sentenciante, determinando a pronta citação da ré.

Somente após a manifestação do órgão ministerial, solicitando a providência insculpida no art. 94 do CDC é que o julgador determinou que se procedesse com a confecção do édito convocatório, no que foi prontamente atendido pela associação autora, inclusive com a comprovação da efetiva publicação no jornal oficial, juntada a requerimento do Ministério Público.

Requeru-se, então, o litisconsórcio ativo, com a juntada de comprovantes do suposto interesse de agir por parte dos poupadores, sendo aberta vista à parte contrária, oportunizando-se a sua manifestação sobre a petição e os documentos a ela acostados.

Observo, quanto ao pedido de inclusão incidental formulado por Ademar Maziel e Outros, que não houve qualquer alteração no pedido ou na causa de pedir, até mesmo porque em ações desta natureza os litisconsortes ativos limitam-se a aderir ao pedido exordial genérico.

Não houve, assim, qualquer prejuízo causado à parte ré para o exercício

Superior Tribunal de Justiça

de sua ampla defesa, sendo-lhe assegurado o contraditório, de forma que não há motivo plausível para a inadmissão do litisconsórcio ativo, máxime em se considerando que a demora na publicação do edital se deu por omissão unicamente imputável ao próprio judiciário.

Destarte, admito o litisconsórcio ativo requerido por Ademar Maziel e Outros, devendo os mesmos prosseguirem na composição da lide até final julgamento do processo.

07. Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso, para o fim de reconhecer a legitimidade ativa para a causa da Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - APADECO e admitir o litisconsórcio ativo requerido por Ademar Maziel e Outros, devendo os autos retornar ao Tribunal de origem, para que prossiga no julgamento, como entender de direito.



RECURSO ESPECIAL Nº 106.888 - PR (1996/000056344-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

A Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - APADECO, ora recorrente, ajuizou ação civil pública em face do agora recorrido Banco Bamerindus do Brasil S/A, visando o pagamento das diferenças relativas aos rendimentos dos meses de junho de 1987, janeiro de 1989 e março de 1990, supostamente creditados a menor no saldo das cadernetas de todos os seus poupadores.

O magistrado de primeiro grau deferiu a admissão na lide de Ademar Maziel e Outros, na qualidade de litisconsortes ativos.

A r. sentença de fls. 210/217 afastou as preliminares de ilegitimidades ativa e passiva, prescrição, decadência e incompetência absoluta do juízo, para julgar procedente o pedido formulado na inicial.

Por sua vez, a egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná deu provimento à apelação do banco réu para acatar a preliminar de ilegitimidade ativa da associação autora e declarar a inépcia da petição inicial dos litisconsortes, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito, em acórdão cujos fundamentos estão sumariados na seguinte ementa, *verbis*:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ENTIDADE NÃO CONSTITUÍDA LEGALMENTE HÁ MAIS DE UM ANO. INEXISTÊNCIA, ALÉM DO MAIS, DE INTERESSES DIFUSOS OU COLETIVOS, NEM RELAÇÕES DE CONSUMO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM'. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

a) A legitimidade concorrente da associação de defesa do consumidor, para a promoção de ação civil pública, exige que esteja ela legalmente constituída há pelo menos um ano, 'ex vi' do art. 82, IV, da Lei 8.078/90. E a pretensão de pagamento de diferenças de índices de correção monetária a possuidores de cadernetas de poupança, não se enquadra nas exceções previstas no § 1º daquele dispositivo.

b) Ademais, a ação civil pública não se presta a obtenção de ressarcimento por supostos prejuízos individuais - assim entendendo atualização monetária de contas de poupança -, só sendo admissível a defesa coletiva quando se tratar de interesses ou direitos difusos ou coletivos, vinculados a relações de consumo mediante remuneração, o que inócorre no contrato de depósito bancário - quer em conta corrente, quer em conta poupança -, por não se constituir serviço pago ao banco, existindo, apenas interesse individual disponível." (fls. 634/635).

Inconformados, a associação autora e os litisconsortes ativos, patrocinados pelos mesmos causídicos, conjuntamente interpuseram recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, por ter o v. acórdão hostilizado supostamente contrariado o disposto nos arts. 3º, § 2º, 81, III, 82, IV e 117, da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor e nos arts. 5º, § 4º e 21 da Lei 7.345/85, além de ter divergido do entendimento sufragado no

Superior Tribunal de Justiça

REsp 49.272 - RS.

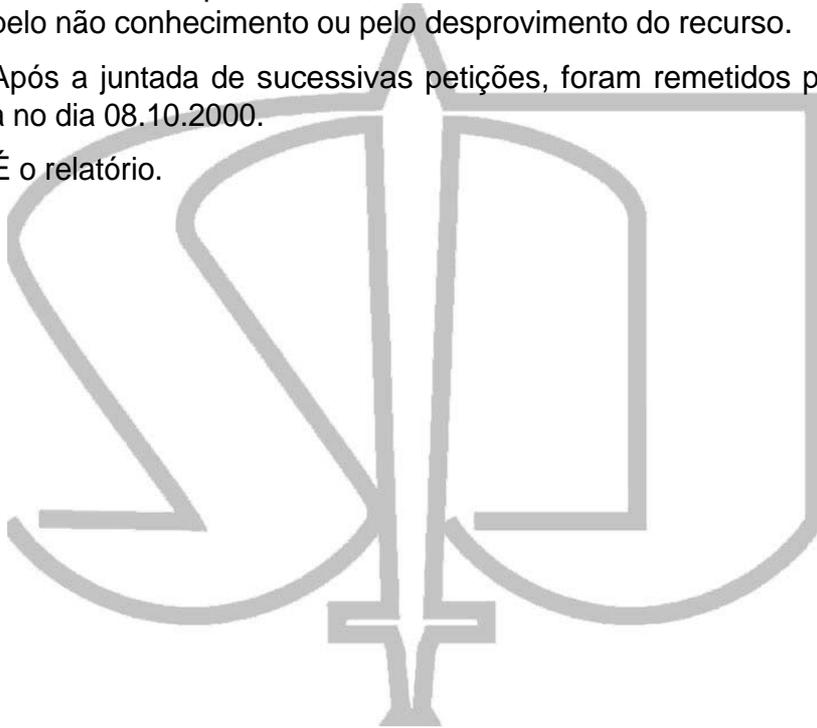
Argumentam que a associação autora é parte legítima **ad causam**, pois os depósitos de caderneta de poupança são remunerados, caracterizando relação de consumo, bem como que se trata de direitos individuais homogêneos, tendo a poupança popular relevância social a ponto de ensejar a propositura da ação, independentemente do prazo de constituição da entidade. Quanto ao litisconsórcio ativo, aduzem que aderiram ao pedido inicial e que o tardio ingresso de terceiros no feito não se deu por sua culpa.

Respondido, o recurso foi admitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte.

Com vista do processado, o douto Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do recurso.

Após a juntada de sucessivas petições, foram remetidos para a inclusão em pauta no dia 08.10.2000.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 106.888 - PARANÁ (1996/0056344-6)

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: -

Sr. Presidente, pelas razões apontadas pelo Sr. Ministro Ari Pargendler, penso que deveríamos julgar o caso. Na Quarta Turma também há diversos casos aguardando o desfecho deste julgamento.

VOTO

Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o eminente Ministro Relator, mesmo porque ele está sufragando entendimento que é o desta Corte. Além daqueles precedentes citados por S. Ex^a, cabe ainda arrolar o Recurso Especial nº 160.861 -SP, da relatoria do eminente Ministro Paulo Costa Leite, apreciando exatamente o tema da legitimação do IDEC para a causa, para entender que se trata de entidade legitimada para promover ação civil em se tratando de poupança:

"Poupança. Correção monetária. Legitimação para a causa. Ação proposta pelo IDEC.

Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida com base em dois fundamentos, dizendo o primeiro deles exclusivamente com a interpretação do texto constitucional (art. 5º, XXI). Improriedade do especial. Reconhecida, entretanto, a existência de relação de consumo, por tratar-se de serviço de natureza bancária (art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido, para arredar o fundamento infraconstitucional do acórdão" (REsp nº 160.861 -SP, Terceira Turma, rel. em. Min. Costa Leite, DJ 03-06-98).

Assim também já havia sido decidido em julgados anteriores:

"Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10 %.

1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.

2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (DEC. nº 22.926/33), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do art. 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do art. 52, § 1º, do CODECON, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários.

Recurso não conhecido" (REsp nº 57.974/RS, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ 29/05/95).

"Prova. Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Contrato bancário. Pode o juiz determinar que o réu apresente a cópia do contrato que o autor pretende revisar em juízo. Aplicação do disposto no artigo 3º, § 2º, do

Superior Tribunal de Justiça

Código de Defesa do Consumidor. Art. 396 e 283 do CPC" (AGR n° 49124-2-RS, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ 31/10/94).

"Cartão de crédito. Contrato de adesão. Segundo o disposto no § 3º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, 'Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor'. Caso em que o titular não teve prévia ciência de cláusulas estabelecidas pela administradora, não lhe podendo, portanto, ser exigido o seu cumprimento. Ademais, há falta de prequestionamento e é deficiente a fundamentação do recurso, quanto à questão principal (Súmula 282 e 284/STF). 2. Embargos de declaração. 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório' (Súmula 98). 3. Recurso conhecido em parte e assim provido" (REsp n° 71.578-RS, Terceira Turma, rel. em. Min. Nilson Naves, DJ 03/02/97).

3. Não há como deixar de reconhecer que a relação contratual estabelecida entre o cliente, mutuário ou depositante, com a instituição de crédito é uma relação de consumo.

Diz o art. 3º do CDC:

"Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. "

Nos termos dos arts. 2º e 29 do CDC, são consumidores:

"Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. "

"Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. "

4. Em suas operações passivas, o banco presta serviços como depositário. Na caderneta de poupança, recebe os recursos dos poupadores, que remunera e corrige com taxas hoje inferiores a 1% a. m., e os emprega em suas operações ativas.

Costuma-se acentuar o fato de que a caderneta de poupança não é um serviço remunerado pelo poupador, mas sim pelo banco depositário, pelo que faltaria um dos elementos do art. 3º, § 2º, do CDC. O argumento é falaz, pois o numerário obtido com a caderneta de poupança serve ao banco para suas operações ativas, cujos juros são os conhecidos, de 200 a mais de 1000% ao ano, a significar que o juro pago pelo banco ao depositante tem sua fonte nas aplicações feitas com o numerário do poupador. Ao efetuar o depósito na caderneta de poupança, o depositante está dando ao banco condições para realizar operações ativas, e esse benefício auferido pela instituição de crédito,

Superior Tribunal de Justiça

cujos números são reveladores da sua extensão, constitui em parte a vantagem patrimonial que o depositante permite ao depositário. Há, portanto, serviço indiretamente remunerado pelo poupador.

Além disso, no contrato de depósito, o banco fornece produtos; o principal deles é o rendimento, e acessórios são as outras vantagens, benefícios e preferências que o estabelecimento concede a quem o escolhe para depositário. Essa escolha se dá em típica situação de consumo, na qual o cliente leva em consideração a segurança do negócio, o atendimento que lhe é dispensado, a qualidade da informação e outras vantagens bancárias oferecidas aos titulares das contas.

Logo, no contrato de depósito bancário em caderneta de poupança, o banco presta o serviço próprio de quem é depositário de bens de terceiros - disso se beneficia na medida em que reúne recursos para suas operações ativas - e fornece produtos ao depositante, que é o destinatário final desses serviços e produtos, porquanto os utiliza para a satisfação dos seus interesses, caracterizando-se aí, em toda a sua extensão, a relação de consumo.

Por fim, vale referir que o cliente do banco, seja depositante ou mutuário, está sujeito a práticas comerciais previstas em contratos de adesão escritos pelo estabelecimento, cujas cláusulas dispõem sobre as prestações devidas por ambas as partes; sobre sanções, multas e taxas em razão da inadimplência; sobre garantias; sobre a correção monetária dos saldos; sobre informações, etc. Essas relações contratuais verificadas no negócio bancário permitem práticas que podem contrariar os princípios do CDC, daí por que o cliente delas está protegido, a teor do art. 29, que estende o conceito de consumidor a todos quantos se encontrem nessa situação. Logo, ainda que não existisse serviço ou produto na atividade bancária (hipótese em que passaria a atuar num campo indecifrável e inatingível), ainda assim o seu cliente estaria sujeito a práticas comerciais reguladas nos contratos bancários de adesão, e só por isso protegido pelas normas do CDC.

O CDC é norma de ordem pública, que se aplica a todas as relações de consumo, mesmo quando a atividade tenha legislação específica, como ocorre com a incorporação, o parcelamento do solo, o contrato bancário, pois em todas elas, guardadas as peculiaridades de cada caso, incidem os princípios do CDC sobre abusividade, boa-fé, direito de informação, etc. Não é admissível que apenas por constituir um ramo diferenciado da atividade econômica, quer na incorporação, no financiamento ou no loteamento, sejam permitidas a cláusula abusiva, a má-fé, a ocultação da verdade, etc. Na realidade, o CDC tem aplicação horizontal, recaindo sua incidência sempre que caracterizada a relação de consumo, que por ele fica atingida. Mas não só nesses casos, assim como enumerados nos seus primeiros artigos, mas também quando o contratante participa de relação obrigacional em que comparece com sensível desvantagem e é submetido a práticas abusivas, na forma do art. 29 do CDC.

5. Incluir as relações bancárias entre as relações de consumo é tese aceita e repetida em nossos Tribunais:

a) é bom exemplo o acórdão da eg. 11^a Câmara do Primeiro TACivil de

Superior Tribunal de Justiça

São Paulo: "De fato, define o artigo 3º, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária; financeira; de crédito e securitária; salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Neste contexto, a conta de caderneta de poupança constitui-se um serviço posto à disposição do consumidor pelos bancos. De fato, é serviço remunerado, pois da utilização dos ativos tomados do poupador, os bancos retiram a remuneração. Não há de se acreditar que o sistema financeiro privado oferecesse a aplicação de forma gratuita, levando-se em conta os evidentes gastos com publicidade, de fins nitidamente lucrativos. A relação entre o poupador e o banco é de consumo. O artigo 1º, inciso II, da Lei nº 7347/85 permite ação civil pública de danos causados ao consumidor. O artigo 5º, inciso LXX, b, Constituição Federal, dá legitimidade ativa às associações constituídas há pelo menos 1 ano, nos moldes da lei civil, em que inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção ao consumidor, nas ações civis públicas" (Ac. da eg. 11ª Câmara Cível do Primeiro TACivil de São Paulo, Rel. em. Des. Melo Colombi, na Ap. Civ. nº 639524-2 - REsp nº 198807/SP).

b) "Banco. Contrato de mútuo e de abertura de crédito rotativo - Negócio inserido entre as relações de consumo - Equiparação aos Consumidores, todas as pessoas expostas às práticas previstas no CDC (art. 29) - Juros que constituem o 'preço' pago pelo Consumidor- Cláusula prevendo a alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio - Nulidade *pleno iure* - Possibilidade de conhecimento e decretação de ofício - Nulidade, também, da cláusula que impõe representante para emitir ou avalizar notas promissórias pelo consumidor - Inteligência e aplicação dos arts. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e 146, parágrafo único, do CC. O conceito do consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem 'equiparado'. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual 'equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele prevista'. O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo. O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado. Sendo os juros o 'preço' pago pelo consumidor, nula a cláusula que preveja a alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio. Sendo a nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie *pleno iure*, viável o conhecimento e a decretação de ofício, a realizar-se tanto que evidenciado o vício (art. 146, parágrafo do CC). É nula a cláusula que impõe representante 'para emitir ou avalizar notas promissórias' (art. 51, VIII, do CDC). Objetivando a desconstituição de cláusulas, em homenagem ao princípio da congruência, deve a sentença ater-se ao pedido. Sentença parcialmente reformada" (AP. Cível 193051216, 7ª Câmara Civ., Rel. Juiz Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior do TARS, j. 19-05-1993).

c) "Na opinião do Professor Luiz Rodrigues Wambier, existe 'uma gama de contratos bancários perfeitamente submissíveis ao CDC', acrescentando que: 'O tomador do empréstimo é, na hipótese de ausência de cadeia de fornecedores, o destinatário final do recurso tomado do banco, vindo a constituir, por meio de uso do dinheiro, tantas novas relações de consumo quantas sejam as operações de

Superior Tribunal de Justiça

comércio ou de serviços que realize. Essas novas relações estão completamente desvinculadas daquela primeira que se caracterizou pela captação do recurso monetário no sistema financeiro' (RT 742/61). Na ausência de prova em contrário (art. 6º, VIII, do CDC), forçoso admitir que a dívida confessada é oriunda de empréstimo tomado do agravante, enquadrando-se em prestação de serviço bancário (art. 3º, § 2º, do CDC). " (AI nº 247.631-9, 3ª Câm. Cível, rel. Juiz Edilson Fernandes, do TAMG).

d) "No entanto, como afirmei linhas acima, convencido estou de que a razão está com os que sustentam que o crédito, como está hoje compreendido, tanto no âmbito da ciência econômica, como, principalmente, no concerto do nosso ordenamento positivo, é sim objeto de típica relação de consumo, regulada pelo CDC. Não há como confundir, em princípio, os conceitos de crédito e moeda. A circunstância de pretender o banco a devolução do dinheiro não significa que o crédito não tenha sido consumido pelo correntista. Aliás, ele somente terá de devolver o dinheiro se consumir o crédito. Atingindo o limite do crédito, este foi consumido, não tendo o cliente como satisfazer suas necessidades. A propósito, leciona Washington de Barros Monteiro que juridicamente falando, bens são valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação jurídica. O vocábulo, que é amplo no seu significado, abrange coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais e imponderáveis, fatos e abstenções, humanas (Curso de Direito Civil, Parte Geral, 6ª edição revisada e aumentada, Saraiva, 1968, p. 113). Clóvis Beviláqua por seu turno, sustentou, a respeito do art. 48, II, do Código Civil: 'Os direitos e obrigações e as ações respectivas. O Código preferiu denominar direitos e obrigações os que a tecnologia costuma designar pelo *apitheto* - pessoas, de que se servia o Projecto primitivo. Realmente, a palavra pessoas é pouco precisa. Ora se aplica aos direitos de crédito, *jure od rem*, ora aos direitos intransferíveis, ora aos que são emanações imediatas da personalidade (vida, liberdade, honra). Direitos de obrigações são os direitos de crédito (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Edição Histórica, 7ª Tiragem, Editora Rio, RJ, Vol. I, p. 279). ' Portanto, a conclusão óbvia indica que o crédito, juridicamente, é um bem móvel, por expressa disposição legal. Sobre as coisas consumíveis, o mesmo Beviláqua definiu: 'As coisas consumíveis ou o são de facto, naturalmente, como os gêneros alimentares, ou, juridicamente, como o dinheiro e as coisas destinadas à alienação. O livro, como pelo uso normal se não destrói, imediatamente, é coisa naturalmente inconsumível, mas nas lojas dos livreiros é consumível, porque o seu uso normal, aqui, importa em fazê-lo desaparecer do acervo mercantil, a que pertence. ' (Ob. Cit. p. 284, coment. ao art. 51). Portanto, o crédito, juridicamente, é um bem móvel, por disposição legal, e consumível. Conclui-se, então, que, se consumidor 'é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final' (art. 2º, CDC); se 'produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial' (art. 3º, § 1º, CDC); se o crédito é, juridicamente, um bem móvel, por disposição legal, e consumível, as operações bancárias examinadas nestes autos integram, sim, uma relação de consumo cuja mercadoria é o próprio crédito, que será consumido pelo mutuário dentro de seu limite liberatório, mercê de uma remuneração (juros) paga ao mutuante, não havendo hipótese de excluí-la pela previsão clara do art. 3º, § 2º, do CDC. Para completar o raciocínio, indaga-se se a hipótese não estaria albergada especificamente pelo art. 29 do CDC, houvesse alguma dúvida sobre

ser o crédito bem móvel e consumível? A resposta é positiva, diante da oferta cada dia mais intensa do crédito como bem ao acesso de todos quantos dele precisam, especialmente para a satisfação de suas necessidades sociais básicas, aplicando-se aqui ainda a regra do art. 3º, § 2º, do mesmo Diploma, que diz ser serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária" (AP. Cív. nº 197237795, 6ª Câm. Cív., Rel. Juiz Nelson Antônio Monteiro Pacheco, TARS).

e) "O Código de Defesa do Consumidor quando define serviço, dispõe ser ele qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito. A caderneta de poupança é, sem dúvida, um serviço colocado à disposição do consumidor pelos bancos, que lucra com isso. A 'remuneração' à qual alude a lei não é somente uma contraprestação pecuniária paga pelo interessado, mas qualquer tipo de lucro que se possa extrair da atividade oferecida" (AP. Cív. nº 581830/6, j. 25-04-96, Rel. Juiz Silveira Paulilo, 1ºTACiv. -SP).

Afasto, portanto, a tese da ilegitimidade ativa do autor, pois se trata de uma associação civil que tem entre suas finalidades a de defender o consumidor em juízo.

6. Decisão em sentido contrário significará deixar milhões de cidadãos, pequenos poupadores que acreditam no sistema de cadernetas de poupança - criado pelo Estado no interesse público de incentivar a poupança nacional - ao desamparo das regras do Código de Defesa do Consumidor, que nada mais estabelece do que um mínimo de equilíbrio na relação contratual, preservando a necessidade de adequada informação, de cláusulas eqüitativas, de harmonia na relação, políticas impostas na Constituição da República e que podem ser facilmente cumpridas.

Significará também dar dois passos atrás: a) restabelece o princípio de que o estipulante dos contratos de adesão pode impor as suas condições, sem atentar para as regras mínimas de controle estabelecidas no CDC, diploma que apenas procura assegurar respeito à cidadania, garantir o princípio da igualdade e manter as condições para concorrência leal. Isso do ponto de vista do direito material. Ao mesmo tempo, b) dificulta a propositura de ação coletiva, meio eficaz para a solução das causas massificadas, como a dos autos, a fim de permitir apenas a iniciativa individual de cada interessado, atulhando varas e tribunais com milhares de ações idênticas.

Sobre o valor e a utilidade social da ação coletiva, permito-me transcrever parte do voto proferido no REsp 38176/MG:

"Trata-se, no caso, de ação coletiva proposta para a defesa do interesse da comunidade de pais e alunos do Colégio Arnaldo, com o propósito de impedir o aumento das mensalidades escolares. O interesse defendido é coletivo, assim como definido no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do CDC; "interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base". Discorrendo sobre eles, e acentuando a diferença com os interesses difusos, escreveu Kazuo Watanabe: "Nas duas modalidades de interesses ou

Superior Tribunal de Justiça

direitos coletivos, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.). " ("Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", p. 506).

São interesses metaindividuais, que não são nem públicos nem privados, mas interesses sociais, como ensina a douta Profª Ada Pellegrini Grinover: "São interesses de massa, de configuração coletiva, caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contratante indivíduo versus indivíduo, nem indivíduo versus autoridade, mas que é típica das escolhas políticas"... "Novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se associações dos consumidores, defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores" ("A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos". Dir. do Consumidor, nº 5/206). Enquanto essas associações não se organizam, enquanto não se fortalece a consciência da cidadania como recomenda a ilustrada mestra, oficia subsidiariamente o Ministério Público como titular das ações coletivas. Cortar a possibilidade de sua atuação, na fase em que vive a nossa sociedade, será cercear o normal desenvolvimento dessa tendência de defesa de interesses metaindividuais e impedir, através da negativa de acesso à Justiça, o reiterado objetivo das modernas leis elaboradas no país.

A aversão a estes novos instrumentos processuais, que surgiram exatamente para atender a novas expectativas e necessidades sociais, mantém-nos sempre presos ao modelo clássico da ação individual, como se só houvesse o interesse individual. Lembro, a propósito, as palavras do eminente Professor José Carlos. Barbosa Moreira, no encerramento de sua aula inaugural na Universidade do Rio de Janeiro:

"A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se vêem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores." ("A Tutela dos interesses difusos", p. 105).

Tratando de caso assemelhado, aos dos autos, escreveu o Prof. Nelson Nery Jr.: "O direito perseguido pelo Ministério Público nesse caso do AI nº 127.154-1, aqui analisado poderia ser considerado coletivo, em face da relação jurídica base que existe entre uma das partes (grupo mantenedor da escola e alunos e seus pais. Mas não é só. O direito seria coletivo porque os alunos e seus

Superior Tribunal de Justiça

pais, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre determináveis, na medida em que se tiver o controle do quadro completo do alunado ou em que se puder dimensionar o universo desses consumidores, quantificando-os e qualificando-os" (Cód. Bras. de Defesa do Consumidor", p. 622)".

Assim, nesse ponto e nos demais, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, dando provimento ao recurso.



RECURSO ESPECIAL Nº 106.888 - PARANÁ

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, sou voto-vencido porque já me manifestei na Turma no sentido diametralmente oposto ao brilhantíssimo voto com que nos brindou o Senhor Ministro Cesar **Asfor Rocha**.

Essa argumentação, com base em uma interpretação extensiva de que a caderneta de poupança seria um serviço, porque haveria uma remuneração indireta, chegando mesmo o eminente Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, por quem tão grande admiração tenho, a falar em falácia no argumento em sentido contrário, a meu juízo, não tem a substância que lhe pretende dar a douta maioria que vem sendo formada até aqui.

De igual modo, também não concordo, com o devido respeito e com a homenagem que sempre merece, com o voto proferido pelo eminente Ministro **Ari Pargendler**, no sentido de reconhecer que, de fato, não se trata de serviço, mas buscar, para a incidência do Código, a alternativa de configurar a caderneta de poupança como um produto.

Tenho dito, Senhor Presidente, e assim fiz, ao votar no Recurso Especial nº 170.875, de São Paulo, que as instituições financeiras têm uma multiplicidade de atividades e, nessa multiplicidade de atividades, podem agasalhar algumas que, efetivamente, sofrem a incidência do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, o de depósito em dinheiro em conta corrente, em que existe, seguramente, uma remuneração daquele que vai fazer o seu depósito pela conta corrente que é aberta no banco; o pagamento de contas com débito direto na conta corrente; a guarda de valores, enfim, o aluguel de cofre e, até mesmo, o próprio crédito pode configurar, efetivamente, um serviço, porque aí existe um ingrediente que é o da remuneração, como vem assentado no Acórdão recorrido e foi lembrado pela eminente advogada da tribuna.

A meu sentir, a aplicação financeira é um contrato e é um contrato em que não existe nenhuma remuneração por parte do poupador, na verdade é uma oferta, uma oferta generalizada, não é um produto típico. É uma criação institucional que não depende das instituições financeiras. Até mesmo a remuneração das cadernetas de poupança não depende da própria instituição financeira, depende de critérios outros que estão muito mais na alçada governamental, sendo certo que, efetivamente, o fato de presumir-se a utilização dos recursos depositados em cadernetas de poupança pela instituição financeira e caracterizar tal utilização como remuneração indireta, a meu sentir, com todo respeito, é uma interpretação que não tem pertinência.

Por outro lado, reconheço que existe hoje uma tendência de transformar o Código de Defesa do Consumidor em um sobredireito, esquecendo-se, até mesmo por ultrapassagem forçada, as regras disciplinadoras do Código Civil, sempre com argumento extremamente importante, deveras relevante, do cenário social do País. A meu sentir, o Poder Judiciário deve interpretar as leis tais quais

Superior Tribunal de Justiça

são editadas pelo Poder competente. No caso concreto, forçar a interpretação para que se inclua como produto ou como serviço aquilo que, efetivamente, não é nem uma coisa nem outra, a meu juízo, com todo respeito, não tem a cobertura da legislação específica.

Não me prolongarei mais porque a matéria é muito conhecida, todos já estão com a inteligência assentada, com os seus estudos elaborados.

Por essas razões, Senhor Presidente, com essas brevíssimas considerações, fazendo as minhas homenagens ao eminente **Ministro Cesar Asfor Rocha**, que sempre nos brinda com a sua lucidez, com a sua inteligência, sendo um prazer ouvi-lo, independentemente do tamanho do voto que possa proferir, ao eminente Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, nosso especialista, sempre reconhecido, também, pela dedicação que tem aos estudos relativos ao Código de Defesa do Consumidor, e à agilidade intelectual, que respeitamos, na criatividade sedimentada do eminente Ministro **Ari Pargendler**, peço vênias para divergir do voto do Senhor Ministro Relator e não conhecer do recurso especial.



RECURSO ESPECIAL Nº 106.888 - PR

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

- Há um voto do Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza, cujo julgamento ainda não se completou na Quarta Turma, em que S. Exa. destaca, mencionando lições doutrinárias, o que seriam realmente serviços bancários. O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito deu outros exemplos, e eu ainda citaria cofres de aluguel, descontos de títulos etc, esses, sim, serviços bancários enquadráveis no CDC. Mas, decididamente, no meu entender, não o investimento que é feito em caderneta de poupança e afins.

Independentemente do jargão bancário que se dê a uma caderneta de poupança, se o gerente de banco se refere à caderneta ou ao CDI como produto, na verdade, interessa-me mais o pensamento jurídico a respeito. Efetivamente, não consigo identificar a caderneta de poupança, assim como em essas outras aplicações financeiras, nem serviço, nem produto. São investimentos e, como tal, são tratados na legislação especial que rege o Sistema Financeiro Nacional, notadamente quando a discussão se refere a correção monetária, que é fixada por lei.

Então, na verdade, entendo que tanto poupança como outros investimentos são o que são: investimentos financeiros e não se enquadram no Código de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, também, não há legitimidade da associação para defender os direitos porque se trata de uma associação de defesa do consumidor.

RECURSO ESPECIAL Nº 106.888 - PARANA (1996/00563446-6)

VOTO-VOGAL

(MINISTRA NANCY ANDRIGHI)

O cerne da questão jurídica circunscreve a legitimidade ativa das associações de proteção de consumidor para pleitear a correção monetária de cadernetas de poupança que tiveram índices de correção indevidamente expurgados com o advento dos planos econômicos, bem como a qualificação do contrato de depósito em conta-poupança como contrato de consumo, sob a proteção da Lei n. 8.078/90.

Para CLÁUDIA LIMA MARQUES¹:

"A poupança popular é um 'investimento' 'sui generis' na sociedade brasileira e merece a nossa atenção. São justamente estas pessoas físicas, partes fracas na relação contratual, que procuram contratos mais simples, contratos bancários tradicionais e revestidos de uma segurança quase estatal e de um certo interesse (de ordem) público. Aqueles que menos têm e leigos são, na complexa relação atual banco-cliente, justamente aqueles que procuram espécies de garantias mais singelas, de contatos menos complexos, que comprovaram resistir ao furor inflacionário até 1994 e constantes mudanças da economia, mesmo que estes contratos bancários e financeiros, estas relações, lhes sejam menos rendosas, como a poupança. De outro lado, a poupança não é atividade benemérita e sem fim de lucro por parte das entidades bancárias. É notório que, dentre as fontes de captação de dinheiro no mercado, a 'poupança popular' é uma espécie de fatia privilegiada, dinheiro 'barato', 'seguro', 'fixo' por 30 dias, mesmo em épocas de grande inflação e pelo qual o banco - legalmente - está autorizado a ressarcir apenas com 6,7% ao ano, quando os juros normais chegam a 40% ou mais! A poupança é um dinheiro tão bem vindo, apesar do depósito compulsório de 75% no Banco Central (depósito este, afirme-se, apenas escritural), que as entidades bancárias gastam fortunas em 'marketing' para sustentar o mais rendoso de seus depósitos, o chamado 'sistema' de captação da poupança popular". (Ob. cit, p. 117).

A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas pode ser exercido coletivamente quando se tratar de interesses individuais homogêneos, advindos de

¹

MARQUES, Cláudia Lima. *Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular*, in RT 760, fevereiro de 1999, São Paulo. pp. 107-148. origem comum (art. 81, III, CDC), como são os oriundos de depósito em caderneta de poupança sem os expurgos inflacionários.

É fim institucional do IDEC a defesa de interesses e direitos protegidos pelo CDC, como está insculpido no art. 1º do seu estatuto, daí sua legitimidade concorrente, nos termos do art. 82, IV, CDC.

O poupador não é investidor de mercado mobiliário, e sim consumidor de serviço de depósito, mediante remuneração por taxas médias fixadas pelo Poder Público, das quais se beneficiam as instituições financeiras, ainda que

Superior Tribunal de Justiça

indiretamente, porque captam recursos populares que passam a constituir seu capital de giro, e desponta especial interesse dos bancos porque o valor monetário que circula é determinante, dentre outros aspectos, das reservas que devem ser mantidas nos próprios bancos.

Para a emérita doutora e professora da UFRS, "O objeto móvel, bem juridicamente consumível, 'ex vi lege' (art. 51, CC brasileiro), é aqui o dinheiro que recebe o banco em 'custódia' e para 'administração'², "serviço não 'gratuito', mas, ao contrário, remunerado indiretamente³".

Digno de nota, o seguinte aresto colacionado por CLÁUDIA LIMA MARQUES⁴, do e. 1º TACvSP, Rel. Juiz Silveira Paulilo, APC 581.830/6, j. 25.04.1996, em seu parecer sobre o tema:

"A caderneta de poupança é, sem dúvida, um serviço colocado à disposição do consumidor pelos bancos, que lucram com isso. A 'remuneração' à qual alude a lei não é somente uma contraprestação pecuniária paga pelo interessado, mas qualquer tipo de lucro que se possa extrair da atividade oferecida".

O consumidor não é só o sujeito determinado "que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (art. 2º, "caput", CDC), como a "coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis (art. 2º, parágrafo único do CDC), e os a eles equiparados por lei, como "todas as vítimas do evento" (art. 17, CDC) e "todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (art. 29, CDC).

No caso em tela, os poupadores, ainda que não considerados consumidores, sob a ótica do art. 2º do CDC, estão expostos às práticas comerciais e contratuais das instituições financeiras, às quais estão sujeitos após o depósito em caderneta de poupança.

²Ob. cit., p. 116.3 Ob. cit., p. 145.4Ob. cit., p. 126. Leciona ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELOS E BENJAMIN⁵, que o consumidor:

"pode ser visto 'concretamente' (art. 2º), ou 'abstratamente' (art. 29). No primeiro caso impõe-se que haja ou que esteja por haver aquisição ou utilização. Diversamente, no segundo, o que se exige é a 'simples exposição' à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço.

...

O único requisito é que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código. A redação atual ('expostas às práticas') facilita, enormemente, o ataque preventivo a tais comportamentos. Uma vez que se prove, que, mais cedo ou mais tarde, os consumidores sofreriam a exposição, aí está materializada a necessidade da cautela".

Apesar da polêmica instaurada quanto à legitimidade ativa da Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - APADECO para promover ação coletiva para proteção de interesses de poupadores, há Jurisprudência desta Corte Superior de Justiça quanto à sua admissão, à qual me filio. Veja-se:

"POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEGITIMAÇÃO PARA A CA

Superior Tribunal de Justiça

USA. AÇÃO PROPOSTA PELO IDEC. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ACOLHIDA COM BASE EM DOIS FUNDAMENTOS, DIZENDO O PRIMEIRO DELES EXCLUSIVAMENTE COMO INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL (ART. 5, XXI). IMPROPRIEDADE DO ESPECIAL RECONHECIDA, ENTRETANTO, A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO, POR TRATAR-SE DE SERVIÇO DE NATUREZA BANCARIA (ART. 3, PAR 2, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, PROVIDO, PARA ARREDAR O FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL DO ACÓRDÃO". (REsp 160861, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 03/08/1998).

No EREsp n. 141491, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 01/08/2000, a Corte Especial destacou a necessidade de proteção de interesse social relevante pelo manejo de ação coletiva em prol de direitos individuais homogêneos, em hipótese de exclusão de cláusula de juros e correção monetária tida como ilegal em contrato de compra e venda de imóveis.

Forte nestas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, nos termos do voto do e. Relator.

É o voto.

⁵ PELLEGRINI GRINOVER, ADA *et alii*. CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, Comentado pelos autores do Anteprojeto, 4ª edição, Ed. Forense Universitária, pp. 172/173.

RECURSO ESPECIAL Nº 387.805 - RS (2001/0171862-8)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional em face de v. acórdão cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

"AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. DA APLICAÇÃO DA LEI N. 8.078/90.

As atividades que envolvem crédito bancário se constituem relação de consumo. Artigo 3º, parágrafo 2º do CDC.

JUROS REMUNERATÓRIOS. Adoto entendimento para limitar os juros ao percentual de, no máximo, 12% ao ano.

CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS.

A capitalização de juros somente pode ser pactuada em período inferior ao anual, naqueles casos em que provimentos legislativos a autorize. Na espécie, aplicação do art. 4º, Decreto n. 22. 626/33.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.

Afasta-se, por potestativa e leonina a pactuação no sentido de incidir no caso de inadimplemento, comissão de permanência à taxa de mercado vigente no dia do pagamento. Não se presta a substituir o índice de correção monetária ainda que em caso de inadimplemento da dívida.

CORREÇÃO MONETÁRIA. TR.

Tratando-se de taxa de variação do mercado financeiro, não reflete os índices inflacionários. Substituição pelo IGP-M.

REVISÃO DOS CONTRATOS PRETÉRITOS.

Demonstrada a continuidade da relação negocial e caracterizado o fato de que os títulos de crédito foram emitidos, sucessivamente, para liquidar ou amortizar as dívidas pendentes, há de se admitir a revisão dos contratos pretéritos.

PRELIMINAR REJEITADA.

APELO IMPROVIDO."

Foram interpostos embargos de declaração com fins de prequestionamento, que foram rejeitados à unanimidade por ausência de omissão, contradição ou obscuridade.

O recorrente alega violação ao a.) art. 535 do CPC uma vez que os embargos de declaração não foram acolhidos porque tido como suficiente a sua fundamentação; b.) art. 999 e 1010 do CC porque os contratos já liquidados não podem ser objeto de revisão; c.) inaplicabilidade do CDC; d.) art. 115 do CC porque lícita a cobrança de comissão de permanência. Pontuou, ainda, que os arts. 1º, 2º, 6º, 10 e 11 da Lei n. 8.177/91 autorizam a incidência da TR nos contratos bancários e que a Súmula n. 596/STF afasta a incidência da Lei

Superior Tribunal de Justiça

de Usura, sendo permitida a cobrança de juros remuneratórios não sujeitos ao limite de 12% a.a.

O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido de revisão contratual de mútuo bancário e de contratos anteriores para:

"... determinar que sobre o valor do contrato originário celebrado entre as partes, a partir de sua assinatura, incida o seguinte: a) correção monetária, pelos índices IGP-M/FGV; b) taxa de juros remuneratórios (lucro), do contrato, no limite de 12% ao ano; c) capitalização anual de 1% na vigência do contrato; d) juros de mora de 1% ao mês, se verificada inadimplência na época do vencimento da prestação, como explicitado na fundamentação; e e) multa contratual de 10% para o caso de inadimplência também nos termos que constam da fundamentação."

No recurso especial, a instituição financeira sustenta a legalidade da cobrança de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, capitalizados mensalmente, comissão de permanência e, correção monetária pela variação da TR, bem como a impossibilidade de revisão de contratos bancários que foram objeto de novação.

Não foram apresentadas contra-razões.

O recurso especial foi admitido na origem, pela divergência quanto à possibilidade de limitação dos juros remuneratórios.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 387.805 - RS (2001/0171862-8)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

Inexiste violação ao art. 535 do CPC, uma vez que o acórdão estadual enfrentou todos os temas postos à sua apreciação.

Na verdade, a alegada violação ao art. 535 decorreria da interposição de embargos declaratórios para pós-questionar tema de direito federal não suscitado perante as instâncias de origem, mas somente após o julgamento da apelação cível, e que, por esse motivo, acertadamente, foram rejeitados.

A aplicação do CDC às relações bancárias decorre da dicção legal do art. 3.º, §2.º, da Lei n. 8.078/90, entendimento pacificado no seio do STJ: REsp 57.974, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 29/05/1995 e REsp n. 175.795, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 10/05/1999.

Os juros remuneratórios, em contratos de mútuo bancário, não se sujeitam à disciplina do Decreto n. 22.626/63, nas operações realizadas com instituições integrantes do sistema financeiro nacional, portanto, prevalecem os juros contratuais livremente pactuados pelas partes. Este entendimento cristalizou-se na Súmula nº 596 do C. STF, sujeitando os percentuais de taxa de juros unicamente aos valores fixados pelo Conselho Monetário Nacional. Neste C. STJ, corroboram esta orientação os seguintes julgados: REsp n. 124.779/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 25-05-1998; REsp n. 128.911/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 23-03-1998 e REsp n. 130.875/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 27-04-1998.

É possível a utilização da taxa referencial (TR), como índice de atualização monetária quando convencionada pelas partes contratantes (REsp 268.035, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 13-11-2000), como no caso em tela, no qual há previsão expressa feita pelas partes. Neste sentido: REsp 181042, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 22-03-1999.

Não é nula a cláusula contratual, em mútuo bancário, que determina a cobrança de comissão de permanência em substituição aos encargos contratuais do período de

Superior Tribunal de Justiça

"normalidade", desde que não cumulada, durante o período de sua incidência, com a correção monetária, nos termos da Súmula n. 30/STJ. Ainda, segundo a iterativa Jurisprudência desta Corte Superior (AGA 296.516, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 05-02-2001, REsp 176833/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 22/05/2000; REsp 248691/RS, idem, DJ 11/09/2000; REsp 174181/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15/03/1999; REsp 200252/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 24/05/1999; REsp 263567, idem, DJ de 07-05-2001, são inacumuláveis a comissão de permanência, a correção monetária e a multa contratual (esta por disposição da Resolução n. 1.129/86 do CMN: "II - Além dos encargos previstos no item anterior - juros de mora e comissão de permanência -, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos").

Está firmado o entendimento, neste C. STJ, de que apenas a capitalização anual de juros é válida, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº. 22.626/33, *in verbis*:

CONTRATO DE MÚTUO. JUROS . CAPITALIZAÇÃO. (...)

1. Como já assentado em precedentes da Corte: (...) b) nos contratos de mútuo bancário não cabe a capitalização mensal dos juros, só autorizada em hipóteses excepcionais previstas em lei. (...)

(REsp n. 174849/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, DJ 16/11/1999).

No REsp 186.349, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 3-11-1999, se decidiu que "A novação não pode ser objeto do especial, a teor de precedentes da Corte, porque repelida com apoio na análise do documento próprio, considerado como decorrente de relação jurídica continuada".

De outra forma, já se decidiu que:

"COMERCIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. CONTRATOS EXTINTOS POR NOVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. Os contratos extintos por novação estão sujeitos à revisão judicial, porque a novação não valida obrigações nulas (CC, art. 1.007). Hipótese, todavia, em que os juros não podem ser limitados à taxa de 12% a.a. Recurso especial conhecido e provido." (Recurso Especial 152.937, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 29.10.2001),

"Cédula de crédito comercial. Novação. Capitalização. Precedentes da Corte. 1. Já decidiu a Corte que: a) não cabe reexaminar "a apuração da existência de animus novandi no patamar recursal, considerando que o acórdão recorrido baseou-se, expressamente, nos elementos de fato para afastá-lo, não se podendo, pois, ter como extinta a

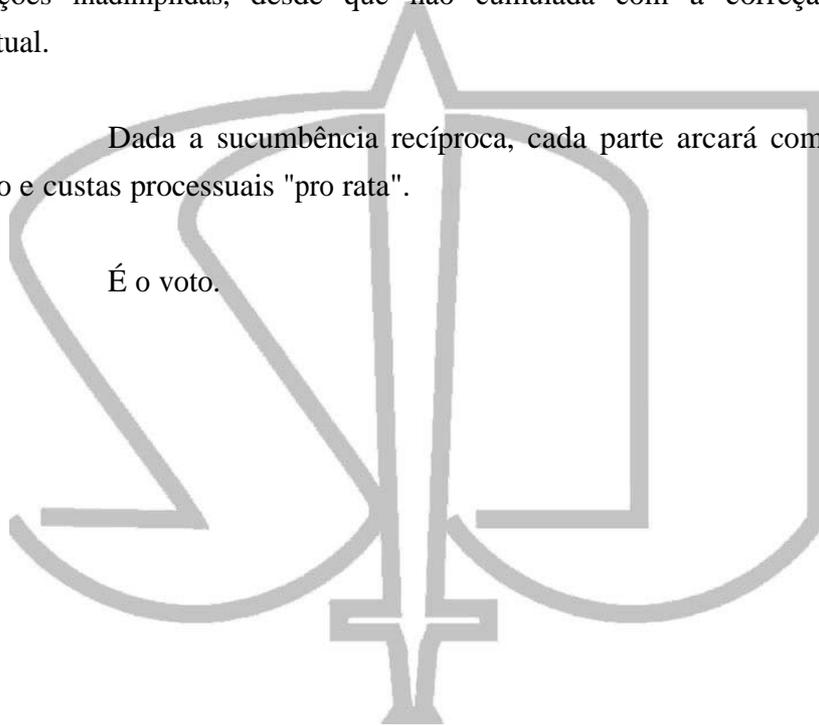
Superior Tribunal de Justiça

obrigação anterior"; b) é possível na cédula de crédito comercial a capitalização mensal, a teor da Súmula nº 93 da Corte. 2. Recurso especial conhecido e provido, em parte." (Recurso Especial 255.430, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 20.08.2001).

Forte em tais razões, conheço em parte o recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para a.) afastar a limitação dos juros remuneratórios, prevalecendo, neste aspecto, o pactuado pelas partes; b.) permitir a adoção da TR como índice de atualização monetária das prestações do contrato, desde que expressamente pactuado; c.) permitir a cobrança da comissão de permanência pela instituição financeira, a partir do vencimento das obrigações inadimplidas, desde que não cumulada com a correção monetária e multa contratual.

Dada a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono e custas processuais "pro rata".

É o voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 298.369 - RS (2000/0145758-6)

RELATOR : **MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**
RECORRENTE : **BANCO DO BRASIL S/A**
ADVOGADO : **NELSON BUGANZA JUNIOR E OUTROS**
RECORRIDO : **ALCIONE DASSOLER E OUTRO**
ADVOGADO : **ELSO ELOI BODANESE**

EMENTA

Recurso especial. Omissão inexistente. Código de Defesa do Consumidor. Instituição financeira. Relação de consumo. Contrato de abertura de crédito. Juros remuneratórios. Comissão de permanência.

1. Omissão inexistente no Acórdão recorrido, que decidiu fundamentadamente todas as questões postas na apelação.
2. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras por existir relação de consumo em relação aos respectivos clientes. Precedente da 2ª Seção.
3. Os juros remuneratórios e a comissão de permanência, após o vencimento da obrigação, são encargos legais, não se podendo cobrá-los, entretanto, no mesmo período de inadimplência, de forma cumulada, tendo em vista que na composição deste último encontram-se inseridos juros. Orientação em contrário abre espaço para uma dupla cobrança de juros de natureza remuneratória, ensejando enriquecimento indevido, e ao anatocismo, repellido em nosso Direito, salvo na forma anual, conforme estabelece a Lei de Usura para os mútuos bancários comuns.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por maioria, vencida a Sra. Ministra Nancy Andrichi, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencida a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Castro Filho.

Brasília (DF), 26 de junho de 2003. (data do julgamento)

MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Relator

