

045/03

1. ESPECIAL: O NOVO CÓDIGO CIVIL

1.6

O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

O Título VII da Constituição Federal é dedicado a duas ordens, a saber: a econômica e a financeira. O constituinte denominou o capítulo de "Ordem econômica e financeira".

À ordem econômica dedicou 21 artigos (170 a 191). À ordem financeira, um artigo apenas, com inúmeros parágrafos, que, no projeto de Emenda Constitucional aprovado em 2.ª votação na Câmara dos Deputados, deixaram de existir. A ordem financeira, portanto, será composta de um único artigo isolado e sem parágrafos.¹

Toda a matéria referente à ordem financeira dependerá de lei complementar. Ou melhor, de leis complementares, em face da aprovação do projeto de emenda constitucional, em 2.ª votação na Câmara, e se vier a ser aprovado em duas votações no Senado.²

⁽¹⁾ Celso Ribeiro Bastos lembra que: "Tratamento constitucional da ordem econômica. Nas últimas décadas, a expressão Constituição econômica tornou-se doutrinariamente polémica. A obra mais importante sobre o assunto é de Vital Moreira, denominada *Economia e Constituição* (Coimbra, Faculdade de Direito). A aludida polémica consiste basicamente no seguinte ponto: haveria uma Constituição econômica da mesma forma como existe uma Constituição política, social etc.?"

De fato, pode-se dizer que só a partir do século XX é que as Constituições passaram a conter dispositivos sobre a organização da economia. O que ocorreu, na realidade, foi que esses dispositivos tornaram-se explícitos, ao revés do que se dava até então quando eram implícitos. A existência dessas normas específicas sobre economia não deve, contudo, conduzir a afirmações ousadas no sentido da configuração de uma Constituição autônoma dentro do Texto Constitucional. Em outras palavras, Constituição econômica existe sim, mas como um sistema ou conjunto de normas jurídicas, tendo como critério unificador o dado econômico ou a regulação da economia. Ela não é todavia autônoma. Pelo contrário, só ganha sentido dentro da perspectiva ampla da Constituição, em função da qual se torna inteligível e compreensível" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 7.º vol., p. 5-6).

⁽²⁾ Na ementa da ADIn 4/88, em que foi relator o Min. Sidney Sanchez, lê-se: "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 no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a

Não modificará, todavia, o fato de que o Título VII é dividido em duas ordens, uma de natureza econômica e outra financeira.

As próprias leis complementares, que deverão regular o sistema financeiro, não poderão alterar os implícitos princípios e normas da Constituição sobre ele. Vale dizer, deverão apenas explicitá-los.

Não há, em matéria constitucional, delegação de competência da lei maior para que o legislador menor possa legislar sobre direito constitucional. Pode explicitar a norma suprema, mas jamais criá-la em conflito ou contra a intenção primeira do legislador maior.

É de se lembrar a lição de José Carlos Moreira Alves – único brasileiro a ocupar a presidência de quatro Poderes, na democracia brasileira, a saber: Poder Judiciário, Poder Legislativo, Poder Constituinte e Poder Executivo –, ao explicar o que pode o legislador menor fazer, quando o legislador maior declara que a matéria será regulada "nos termos da lei":

"Mas o Min. Soares Muñoz não decidiu isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: 'Esse decreto-lei, anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado. Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; uma restrição que não está no texto constitucional'. Isso significava dizer o que? Dizer: 'Nem lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade que decorre da Constituição'.

E, a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar. Se é que há o que regulamentar, em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz, por exemplo, 'para atender às suas

eficácia imediata e isolada do disposto em seu § 3.º, 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 a 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.

Em consequência, 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 § 3.º sobre juros reais de 12% ao ano, e o segundo determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional.

Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos" (grifos meus) (*Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 12/243-244, ano 3, jul.-set. 1995).

finalidades essenciais', não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. Porque Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição. De modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional. O Min. Soares Muñoz não estava dizendo: 'Não. Não pode porque não é lei complementar'. Mas dizia: 'Esse decreto-lei impõe uma restrição que não está no texto constitucional'" (grifos meus).³

O certo é que a ordem econômica tem suas regras e normas, e a ordem financeira, as suas. Política econômica se faz no Ministério do Desenvolvimento, Fazenda e correlatos, e política monetária e cambial se faz no Banco Central, que tem status próprio na Constituição Federal, ou seja, no art. 164, assim redigido: "Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central".⁴

³ *Processo administrativo tributário*, 2. ed. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/RT, 2002. p. 31-32. Pesquisas Tributárias - Nova Série 5.

⁴ Comentário: "O art. 164 foi considerado a grande conquista para a estabilização da moeda no Brasil. No II Fórum Jurídico da Fundação Dom Cabral, com a participação de Academia Internacional de Direito e Economia e da Federação do Comércio de Minas Gerais, Carlos Brandão, ex-presidente do Banco Central, declarou que, se for cumprido, a inflação desaparecerá da história brasileira. O ex-Ministro do STF Décio Miranda, nesse mesmo encontro, declarou publicamente seu otimismo com o dispositivo, o mesmo fazendo seu autor, o Deputado Francisco Dornelles, tão logo aprovado o comando supremo.

A União, que detém o poder exclusivo de emissão da moeda, só poderá fazê-lo por intermédio do Banco Central, com o que um órgão técnico cuja única função é controlar a política da moeda e do crédito - e mais nenhuma - passará a exercer, com exclusividade e independência, o poder emissor.

A maioria dos Bancos Centrais do mundo tem essa autonomia e essa independência, mas a formulação de uma política monetária fica condicionada às leis dos parlamentos, razão pela qual, no choque entre o Executivo e o Banco Central, a solução do embate surge da composição legislativa.

Nada obstante a intenção inequívoca dos autores do artigo de dotar o País de um instrumento mais confiável de controle da moeda, a que se une o estabelecimento de regras básicas por lei complementar, nos termos do art. 163, entendo que o poder ativo na composição de sua diretoria e pelo despreparo evidente de nosso Congresso no trato com as questões monetárias, como as sucessivas sessões legislativas têm demonstrado. Não há tradição no Brasil de se aprofundarem os parlamentares na análise dos problemas monetários e orçamentários, além de ser surpreendente o seu desconhecimento sobre os rudimentos da economia.

Nos países civilizados, o momento maior da atuação legislativa é aquele em que se discute o orçamento ou em que se estabelece a política monetária e tributária para o

A ordem econômica baseia-se em diversos princípios e dois fundamentos (interesse social e livre iniciativa), estando, o art. 170, assim redigido:

"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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

exercício seguinte, pois, nesse momento, discute-se o que fazer com o dinheiro público, com as poupanças privadas, assim como qual a participação da sociedade em tais assuntos e de que forma estarão seus representantes portando-se na escolha dos melhores caminhos para o desenvolvimento máximo com o mínimo de custo à comunidade. À evidência, a intenção do constituinte no concerne ao art. 164 está nesta linha, e o poder emissor de moeda exclusivamente em mãos do Banco Central.

Deve-se lembrar que o poder emissor da moeda escritural, aquela veiculada pelas entidades financeiras e que provoca, essencialmente, o denominado fenômeno da velocidade de circulação da moeda, apenas pode ser parcialmente controlado pelo Banco Central, mas não perfeitamente assegurado.

Quanto mais uma sociedade se aperfeiçoa, mais fácil é detectar a expressão da velocidade de circulação, uma vez que poucas são as operações que se colocam fora do sistema financeiro.

Por essa razão, conceitos como o da expansão da base monetária (dinheiro emitido e mais depósitos a descoberto) ou o dos meios de pagamento (dinheiro em circulação em poder do público e emitido) permitem detectar a exata quantidade de moeda em circulação, nela incluída a emitida e a escritural.

Caminha o País, pelo menos em termos legislativos, para a adoção de critérios mais rígidos no controle da moeda, mas nem por isso o simples enunciado do art. 164 está a garantir o controle absoluto para a estabilidade da moeda e do crédito, que implicaria o controle do processo inflacionário" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 6.º vol., t. II, p. 173-178).

De rigor, a livre iniciativa e a livre concorrência realçam o caráter de controle, o texto supremo, o segmento de uma ordem econômica de mercado, em que o próprio planejamento econômico é apenas indicativo para o setor privado, embora obrigatório para o setor público, estando o *caput* do art. 174 assim redigido:

"Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".⁵

À evidência, a livre concorrência e a livre iniciativa sem qualquer controle implicariam liberalismo do início do século XIX, razão pela qual o constituinte referiu-se a dois instrumentos de controle da ordem econômica, num regime de livre iniciativa e livre concorrência, a saber de controle na ponta da produção, quanto ao abuso do poder econômico e na ponta do consumo, quanto ao direito do consumidor em se proteger.

Estão os §§ 4.º e 5.º do art. 173 assim redigidos:

"§ 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5.º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

⁵⁾ Miguel Reale ensina: "Ven, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do Estatuto Político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado'.

Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas.

Dir-se-á que o Estado é configurado como 'agente normativo e regulador' da economia, mas, a esta altura da evolução histórica, a afirmação contrária daria provas de preocupante irrealismo. O importante é que se declare, tal como consta do mencionado art. 174 que, naquela qualidade, o Estado deverá exercer suas funções de fiscalização e planejamento 'na forma da lei'. Mais uma vez o princípio da legalidade baliza a ação estatal e de modo puramente indicativo.

Praticam, pois, um grande erro aqueles que não contribuem com uma interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre iniciativa, o que quer dizer 'da economia de mercado' (*Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 15).

Na ordem financeira, todavia, este controle é, a meu ver, exclusivo do Banco Central, visto que todo o sistema está subordinado à tutela daquela instituição, encarregada de proteger a moeda e monitorar suas instituições.

A força do Banco Central, pela lei maior, é de tal magnitude, que as empresas subordinadas à ordem econômica estão sujeitas a um processo falimentar ou concordatário, que se processa perante o Poder Judiciário, mas as empresas componentes do sistema financeiro estão subordinadas à intervenção ou liquidação extrajudicial, processo administrativo e definitivo para a permanência ou não de qualquer instituição subordinada a tal regime.⁶

Por esta razão, há toda uma discussão, inclusive com a ação direta de inconstitucionalidade (n. 2591-1-STF) proposta pela Consif junto ao STF, sobre os limites do Código do Consumidor, em relação às instituições financeiras, com voto favorável, em parte, do relator, Min. Carlos Mário Velloso, contrário do Min. José Néri e pendente de outros nove Ministros para julgamento final, que poderá não ocorrer, se o STF entender que a eventual mudança futura do art. 192 faça perecer o seu objeto.

Embora entenda que não, visto que o que se discute é a quem cabe fazer política monetária e cambial, se ao Banco Central ou se aos órgãos de defesa do

⁶⁾ Com base em parecer meu, foi suspensa liquidação extrajudicial do Banco do Piauí. Foi o único caso de que tenho conhecimento. Defendi, na ocasião, a tese de que não poderia mais haver liquidações extrajudiciais: "Por outro lado, não cabe mais ao Banco Central promover liquidações extrajudiciais, por força do art. 5.º, XXXV e LV, assim redigidos: 'XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'.

Pelo primeiro, alarga-se o espectro do acesso amplo e incondicionado à Justiça, retirando-se o exaurimento das fases administrativas, como preconditionação, nos termos do direito pretérito. É, pois, incommensuravelmente mais amplo. Faz menção não só à lesão ao direito, como à ameaça ao próprio direito. Pelo segundo, o contraditório é fundamental. Ninguém pode ser condenado, sentenciado ou processado, sem que tenha o direito a ser ouvido, apresentando sua defesa, sem limitações de qualquer natureza.

Ora, a liquidação extrajudicial, a que faz menção o art. 14, § 3.º, do Dec.-lei 2.321/87 representa inequivoca violação dos dois dispositivos, posto que, a avaliação - que pode ser absolutamente distorcida - da autoridade monetária pulveriza patrimônio de terceiros, sem o devido processo legal.

Desde 05.10.1988 que o Banco Central não pode mais liquidar extrajudicialmente qualquer instituição financeira, por força dos dispositivos retrocitados, à falta do devido processo legal e do contraditório, com ampla defesa. É de se ressaltar que o inc. LV trata inclusive de processos administrativos.

E o parecer poderia parar por aqui, visto que a arbitrária ação do presidente do Banco Central resultou em clara e nítida violação de uma das garantias fundamentais da lei suprema do país" (*A Constituição aplicada*. Belém: Cejup, vol. 7, p. 46-48).

consumidor – a partir da visão pessoal de juízes defensores da justiça alternativa – o certo é que é matéria a ser deslindada no futuro. No presente, o que se pretende ver definido é se o Código do Consumidor abrange todas as operações do sistema financeiro e se o Código Civil alterou a forma de contratar destas instituições com seus usuários.

Quanto à primeira indagação, pessoalmente, entendo que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às relações da ordem econômica e não às da ordem financeira.⁷

⁷⁾ Escrevi: “É de se lembrar, de início, que os usuários do Sistema Financeiro já possuem um ‘Código de Defesa do Consumidor Bancário’ mais rígido do que o Código de Defesa do Consumidor.

A discussão, todavia, na Suprema Corte diz respeito exclusivamente a matéria constitucional, pois sediada em controle concentrado de constitucionalidade.

A Constituição Federal tem o seu Título VI com a seguinte denominação: ‘Da ordem econômica e financeira’, dividindo, portanto, tal ordem em dois segmentos: 1) o econômico e 2) o financeiro.

Em relação à ordem econômica estabelece, no art. 170, V, que o ‘direito do consumidor’ será protegido. *E por lei ordinária.*

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor – lei ordinária – foi editada.

Em relação à *ordem financeira*, declara no art. 192 que os ‘interesses da coletividade’ serão reguladas por *lei complementar*.

E compreende-se a adoção de instrumento legislativo com *quorum* privilegiado, visto que no âmbito da ordem financeira situa-se a própria política monetária do país, não podendo estar sujeita às alterações – até por medida provisória – possíveis em relação às matérias veiculadas por lei ordinária. Lei complementar exige para sua aprovação maioria absoluta nas duas Casas do Congresso e não meros acordos de liderança ou maioria simples.

Embora na ordem econômica o constituinte tenha-se referido aos ‘direitos do consumidor’ e no sistema financeiro aos ‘interesses da coletividade’, as expressões se equivalem. E toda a legislação financeira – hoje materializada na Lei 4.595, que foi recepcionada como lei complementar – protege o usuário do sistema – que não é consumidor – mais do que o próprio Código de Defesa do Consumidor, bastando que os membros do Ministério Público e os órgãos de defesa aprimorem o seu conhecimento acerca do conteúdo e alcance das disposições daquele diploma, tanto quanto já se aprimoraram quanto ao Código de Defesa do Consumidor.

O § 2.º do art. 3.º do CDC declara, por outro lado, 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’, estabelecendo – de forma inconstitucional –, por ser lei ordinária, que as relações do sistema financeiro estariam sujeitas às suas disposições. A consciência de que, ao assim dispor, estava-se incluindo entre as relações de consumo uma gama de relações, que não têm essa natureza, é denotada pela utilização do vocábulo ‘inclusive’, certo de que, sem ele, a Constituição seria interpretada como escrita está e não como o legislador ordinário desejaria que fosse.

Há, todavia, forte corrente no sentido de que se aplicaria às relações entre os usuários do sistema e a instituição, que investe recursos vindos de outros usuários, pois o sistema financeiro toma dinheiro de alguns usuários para emprestá-lo a outros. Não há, a meu ver, relação de consumo, nos moldes do que ocorre na empresa que vende um produto a seu consumidor, em face de ser, a instituição financeira, mera intermediária de transferência dos recursos de um tipo de usuário para outro, ou seja, de quem entrega dinheiro ao banco para que este o aplique, emprestando-o a outro usuário.

Para esta corrente, sempre que não se caracterizarem relações que envolvam interferência na política monetária e cambial, seriam elas de consumo e quando envolvam política monetária e cambial, caberia ao Banco Central definir seus contornos e perfil de instituição.⁸

Ocorre que o STF já havia decidido, na ADIn 4/88, que no âmbito das relações financeiras ‘os interesses da coletividade’ só podem ser defendidos por disposição de lei complementar, recepcionando, por outro lado, com esse *status* a legislação então existente.

Ora, todo o sistema financeiro hoje estaria sujeito – a prevalecter a interpretação do legislador ordinário – a dois regimes jurídicos diversos, ou seja, o do Código de Defesa (lei ordinária) e da Lei 4.595, recepcionada como lei complementar, coordenado pelo Banco Central.

Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro objetiva obter do Supremo uma decisão definitiva para saber:

- 1) se, onde está escrito na Carta ‘Ordem Econômica e Financeira’, pretendeu o constituinte falar apenas em ‘Ordem Econômica’;
- 2) se, onde está escrito ‘lei complementar’, o constituinte quis dizer ‘lei ordinária’;
- 3) se cabe ao Banco Central definir a política monetária do país, ou aos institutos de defesa do consumidor, Ministério Público e Poder Judiciário;
- 4) se o STF mudou sua interpretação sobre a matéria, devendo reformular a decisão exaustivamente debatida na ADIn 4/88;
- 5) se cabe aos juízes estaduais determinarem que os juros máximos do sistema financeiro serão de 12% ao ano – como querem as instituições de Defesa do Consumidor – ou se a política de juros deve ser estabelecida pelo Banco Central;
- 6) por fim, como o sistema financeiro usa dinheiro de *usuários* para *usuários*, não trabalhando com dinheiro próprio, se é possível classificar o *usuário* que toma em prestado dinheiro como “consumidor”, de vez que se está utilizando de dinheiro de outro *usuário*, que aplica dinheiro nas instituições financeiras e que também pode ser considerado consumidor (haveria direito de defesa do consumidor contra o próprio consumidor?).

Pretende, em última análise, a referida ação obter pronunciamento definitivo da Suprema Corte sobre o regime jurídico a que estão subordinadas as instituições financeiras, se ao Banco Central e ao art. 192 da CF, ou ao Código de Defesa do Consumidor e ao art. 170, V, da Lei Suprema” (artigo publicado no *Diário do Comércio*, “Os bancos no Supremo Tribunal Federal”, 18.01.2002, p. 14).

⁸⁾ Em memorial assinado por Arnaldo Wald, Luiz Carlos Bettiol e por mim, leia-se: “65. As manifestações da Presidência da República traduziram-se em chance-la de

Em expressão utilizada por Lázaro Brandão, durante reunião presenciada por Saulo Ramos, que me narrou o episódio, as relações do balcão para fora seriam de consumo e as de balcão para dentro, de política monetária e cambial.

A ser válida tal corrente, à evidência, parte das relações com o usuário seria regida pelo Código de Defesa do Consumidor e parte, pela lei complementar, hoje desempenhando essa função a Lei 4.595/94, que rege o sistema financeiro, recepcionada que foi pela Constituição de 1988 com *status* de lei complementar.

Não me parece a teoria mais correta, adotando eu aquela que Geraldo Vidigal defendeu, desde a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, que a ordem econômica não se confunde com a ordem financeira e as relações de consumo pertencem à ordem econômica e não à ordem financeira. Reconheço, todavia, que, no momento, a teoria mista tem mais adeptos que aquela defendida (inclusive) por Geraldo Vidigal, Arnoldo Wald, Saulo Ramos, Jairo Sady e por mim.⁹

parecer elaborado conjuntamente pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça e pelo Procurador-Geral do Banco Central, que entendeu inaplicáveis as disposições da Lei 8.078/90 em relação às atividades financeiras ativas e passivas, devendo aplicar-se a conhecida técnica da 'interpretação conforme a Constituição'.

66. A essa orientação perfilhou-se o titular do *Parquet* Federal, acolhendo tais manifestações, chegando a transcrevê-las na parte conclusiva de seu parecer. É somente de se destacar a otimização técnica realizada nesse segundo exame, uma vez que, amparado em precedentes dessa Corte, concluiu-se que a interpretação conforme leva à procedência parcial da ação e não à improcedência, como destacado na manifestação anterior. Veja-se a parte conclusiva do parecer: "Ante o exposto, opino seja julgada *procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, da expressão 'inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária', inscrita no art. 3.º, § 2.º, da Lei 8.078/90, de 11.09.1990 - Código de Defesa do Consumidor -*, para, mediante interpretação conforme a Constituição, tal como preconizado pelo Ministro de Estado da Justiça Aloysio Nunes Ferreira, e pelo Procurador-Geral do Banco Central do Brasil, Carlos Eduardo da Silva Monteiro, *afastar a exigese que inclua naquela norma do Código de Defesa do Consumidor 'o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, de modo a preservar a competência constitucional da Lei Complementar do Sistema Financeiro Nacional' (f), incumbência atribuída ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil, nos termos dos arts. 164, § 2.º, e 192 da Constituição da República*" (grifos nossos).

67. *Das aludidas manifestações, entende-se como extremamente positiva a percepção de que as operações ativas e passivas são completamente incompatíveis com a disciplina da Lei 8.078/90, tentando-se, a despeito da inafastável conclusão, preservar o texto, aplicando a técnica conhecida como 'interpretação conforme a Constituição'*.

9. Jairo Sady chegou a defender um Código do Sistema Financeiro Nacional: "O Código do Sistema Financeiro Nacional deveria, então, recolher elementos e conceitos combinados com algumas concepções de procedimentos mais legislativos, buscando, de toda forma, prevenir as possibilidades de incerteza. Há muitas divergências

De qualquer forma, as relações se põem no âmbito do direito econômico e não no do direito civil. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial, sendo o Código Civil lei ordinária e, como lei ordinária, rege relações contratuais e obrigações próprias de direito privado, e não de direito econômico, que é um ramo do direito destinado a disciplinar relações de dominação, ou seja, nem de coordenação, nem de subordinação, como definiu Geraldo Vidigal.¹⁰

entre os juristas sobre o tema da codificação. A começar pela acirrada polémica entre Thibaut e Savigny, a respeito da codificação da lei civil, para ser aplicada a todos os povos alemães ainda politicamente separados. Savigny criticava o processo de codificação por três razões. A primeira razão era a excessiva ênfase no direito positivo, desviando a atenção de outras fontes do direito, como o direito natural, a jurisprudência ou princípios analógicos do direito. O segundo argumento de Savigny é que, por meio da História, o processo de codificação nada mais era do que uma transposição formal das normas e costumes geralmente aceitos, fixando-as no tempo e tornando-as conhecidas para uma população que cresce. Portanto, a codificação deveria acontecer naturalmente. Por fim, Savigny entendia que o Código seria o ponto final do desenvolvimento do pensamento jurídico, ou seja, a espécie do Código seria não apenas a consolidação mas o fim do processo de elaboração legislativa" (*Dimensões do direito contemporâneo*. Estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal. Ed. IOB/Thomson, 2001. p. 237).

10. Geraldo Vidigal ensina: "Não parece suficiente, isoladamente, nenhum dos critérios adotados, para a nítida caracterização do direito público ou do direito privado. Inclino-me a acreditar que a adequada definição do direito público o descreverá como o ordenamento jurídico, inspirado prevalentemente no interesse coletivo, que rege os entes públicos enquanto exercem, revestidos de supremacia e num clima de autoridade, atividade de caráter público. De outra parte, eu definiria o direito privado como o ordenamento jurídico que, inspirado prevalentemente na preservação dos interesses individuais, rege as relações entre os agentes privados, enquanto exercem, num clima de liberdade, atividade de caráter privado.

Acontece, no entanto, que a definição do direito da organização dos mercados corta transversalmente o quadro dos critérios tradicionais de distinção entre os dois grandes troncos jurídicos e requer, ainda, a introdução de um elemento novo, estranho àqueles critérios.

O estudo do direito da organização dos mercados nos leva a reconhecer nos seus quadros a disciplina dos agentes privados, no exercício de atividades privadas, inspirada no interesse coletivo. Sob um outro ângulo, caracteriza-se o direito da organização dos mercados por um clima diverso dos da liberdade ou da autoridade e que antes deveremos descrever como de dominação. Distingue-se o clima de dominação daquele de autoridade, porque o ambiente de dominação envolve a utilização da autoridade para a preservação do máximo de liberdade possível. Caracteriza-se, ademais, o ordenamento jurídico da organização por visar a coibir relações de dominação que tendem a prevalecer entre os agentes do mercado, nas áreas dos campos de força dele, mediante sua substituição por situações de dominação da norma jurídica" (*Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: RT, 1977. p. 40).

Por esta razão, é que, à luz do Código Civil anterior, houve por bem, o legislador ordinário, compor um diploma à parte, como lei especial, convivendo com o Código Civil da época.

Se prevalecer, todavia, a tese que eu e os demais juristas que elenquei defendemos, nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor seria aplicável nas relações da ordem financeira, na medida em que o direito aplicável teria que ser veiculado por lei complementar, prevalecendo, até sua edição, a Lei 4.595/64, como tal recepcionada pela Constituição de 1988.

Na ADIn 2591, questiona-se a constitucionalidade do art. 3.º, § 2.º do CDC, assim redigido: "§ 2.º 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", pretendendo demonstrar que referida norma não se compadece com a Constituição Federal, que separa as relações de consumo, próprias da ordem econômica, das relações das instituições financeiras, típicas da ordem financeira e de regência por lei complementar.

Pela LICC, art. 2.º, assim redigido:

"Art. 2.º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1.º A lei posterior revoga anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3.º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

Se prevalecesse a tese de regência mista, prevaleceria os comandos do Código do Consumidor nas relações que não implicassem formulação de política monetária e cambial, independentemente das disposições do novo ou do antigo Código Civil. O Código Civil novo seria, portanto, inaplicável às relações de consumo, que estariam regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre, todavia, que os arts. 421 a 426 do CC cuidam de cláusulas muito semelhantes àquelas do Código de Defesa do Consumidor, como se vê de seu teor:

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".¹¹

Para mim, isso não é novidade, tendo escrito sobre o primeiro o seguinte:

"Esta é a razão pela qual decidi examinar a disposição do art. 421 do novo CC, cuja dicção é a seguinte: 'Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato', à luz dos princípios constitucionais, que regem a função social da propriedade.

Dispositivo semelhante não constava do texto anterior. De rigor, o Código Civil de 1916 externava princípios próprios de uma época, em que o império britânico não via o sol se pôr a França, Alemanha, Espanha, Portugal e Itália mantinham suas possessões na África e na Ásia e a Europa não fora redeseenhada, o que ocorreu apenas após a Primeira Guerra Mundial. Basta dizer que o império austro-húngaro até 1914 era o maior império do velho continente. A própria Rússia modelava-se, política e economicamente, pelo figurino europeu das grandes nações.

A guerra de 1914 a 1918 foi apenas uma guerra de realocação de poderes, não estando os ideais, que perfilaram o conflito de 1939-1945 (liberdade e democracia contra ditadura fascista e nazista), a influenciar os países beligerantes.

Em outras palavras, o Código Civil brasileiro foi promulgado nos estertores de um mundo em que a revolução social mal se estabelecera, a encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, ainda era examinada com curiosidade e os países que disputavam a Europa lutavam, no melhor estilo passado, para estender seu poder colonial sobre áreas novas, sobre pretender alargar seu nível de influência a outros continentes.

Na guerra europeia, todavia, surgia um gigante não europeu, que principiou a substituir, em relevância, as grandes potências do velho continente (Estados Unidos).

¹¹ Jones Figueiredo Alves interpreta o art. 423 como segue: "O princípio de interpretação contratual mais favorável ao aderente decorre de necessidade econômica estabelecendo em seus fins uma igualdade substancial real entre os contratantes. E que, como lembra Georges Ripert, "o único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar". O dispositivo, ao preceituar a sua aplicação, todavia, em casos de cláusulas obscuras ou ambíguas, vem limitá-lo a essas hipóteses, o que contraria o avanço trazido pelo art. 47 do CDC prevendo o princípio aplicado a todas as cláusulas contratuais. O aderente como sujeito da relação contratual deve receber idêntico tratamento dado ao consumidor, diante do significado da igualdade de fato que estimula o princípio" (*Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 376).

Neste quadro, o Brasil, ainda perfilado pelas cartilhas do século XIX e por uma Constituição (1891) assemelhada ao padrão americano, cuidava, de fato, no plano jurídico, tão-somente dos direitos da primeira geração e das relações entre os poderes e a sociedade.

É neste cenário que surge o Código Civil de 1917, sob o pálio de uma concepção legal pretérita, nada obstante passarem o contexto internacional e, principalmente, a Europa por forte revisão conceitual decorrente das Constituições mexicana (1917) e alemã (1919).

Esta é a razão por que dispositivos como o do art. 421, ora sendo examinado, não eram de se conceber no direito anterior, sendo mercedores, portanto, de reflexões, pós e meta-jurídicas, em face do novo direito.

Em outras palavras, a constitucionalização dos direitos sociais nas leis sumptuárias, mexicana e de Weimar abriu novos horizontes para o constitucionalismo mundial — o Brasil apenas no período da ditadura Vargas conformou os fundamentos do direito social —, a que a experiência constitucional brasileira não estava, ainda, sensibilizada e, decididamente, nada obstante a monumentalidade do projeto de Clóvis Beviláqua, não influenciou os fundamentos do ramo mais estável do direito, que é o direito civil.

Da mesma maneira que a aprovação da Constituição de 1988 — com laivos de um modelo socialista às vésperas da derrocada do regime soviético — desfoqueu-se na história com imensa rapidez, já tendo sofrido 44 emendas e havendo inúmeros projetos de alteração tramitando pelo Congresso Nacional, o Código Civil beviláquiano tornou-se, neste ponto, pouco adaptado às exigências de uma nova realidade jurídica que se desenhava no cenário mundial.

Nem por isto ficou à margem da história, por força da elaboração doutrinária e pretoriana.

O dispositivo em comento, portanto, implica complementar o sentido da 'função social da propriedade' com a 'função social do contrato', pois a 'propriedade' e o 'contrato' são os alicerces da economia mundial e, principalmente, da economia de mercado.

Nada obstante os excessos da Carta de 1988, em parte corrigidos, os arts. 1.º, IV, 3.º, 5.º, XXIII, 7.º, 8.º, 170, *caput*, III, e demais dispositivos do Título VIII, além de outros espalhados por todo o texto constitucional, conformam uma plethora de direitos com acentuado conteúdo social, a tornar o texto supremo, no dizer de Ulisses Guimarães, uma 'Constituição Cidadã'. Se, de um lado, o constituinte criou uma Federação maior do que o PIB e uma estrutura de poder ultrapassada e onerosa para o cidadão, de outro, no concernente aos direitos de primeira, segunda, terceira e até quarta geração, avançou, consideravelmente, sendo dos melhores textos supremos de todo o mundo.

Esta é a razão pela qual o art. 421 do CC insere-se em contexto próprio da Lei Maior, sinalizando caminho comum para a interpretação dos textos pactuados.

Há, todavia, necessidade de temperos, na interpretação dos ditames constitucionais em que foi inserido, risco de servir, numa exegese extrema, como instrumento para o indesejável direito alternativo, defendido por alguns ideólogos do direito.

(...)
O social da ordem econômica tem a mesma relevância que a livre iniciativa, sendo fundamentos dos demais princípios enunciados no art. 170.

Os direitos sociais na Constituição, para alguns autores, sequer seriam cláusulas pétreas, visto que o art. 60, § 4.º, IV, fala em direitos individuais e não em direitos sociais.

(...)

É de se lembrar que os contratos leoninos são condenados desde priscaeras, pois não cumprem a função social do contrato, nada obstante a inexistência de texto expresso, no direito civil anterior, com a utilização da expressão 'função social'.

Não vejo na 'inovação', inovação. Apenas explicitação de algo que definiu o texto constitucional e que não pode ser examinado sem os temperos próprios da hermenêutica jurídica, para que a segurança e a certeza do direito não sejam abaladas.

A renovação é, portanto, a meu ver, apenas explicitação de aspecto que sempre, no direito contemporâneo, norteou as formulações contratuais e que a cláusula *rebus sic stantibus*, de certa forma, já introduzira, pela imprevisibilidade e inevitabilidade de fatos não examinados quando das pactações. A inovação, portanto, data, pelo menos, do Código de Hammurabi, em que a função social do contrato estava valorizada no Cãnone 48, coluna XIV, assim redigido:

'XIV — § 48. Si un señor tiene una deuda y (si) el dios Adad há inundado su campo y há destrozado la cosecha, o bien (si) a causa de la sequía, el campo no produce grano, en ese año no entregará grano a su acreedor; cancelará su tablilla (de contrato) y no pagará el interés de ese año'.

Nada a acrescentar sobre a função social prevista pelo codificador sumeriano, há quase 4.000 anos atrás.¹²

Desta forma, embora não aplicável o Código Civil ao direito do consumidor, em minha visão dicotômica entre direito econômico e direito privado, entendendo que a semelhança dos dispositivos já conformados por jurisprudência faz com que seu impacto seja convergente, fortalecendo o entendimento de que, nas relações de consumo, há regras que objetivam proteger o consumidor, sem, entretanto, provocar o desequilíbrio contratual, a ponto de, a meu ver, não ser aplicável à teoria da imprevisão, nos descompassos inflacionários. Nem se pode,

¹² Livro no prelo em homenagem ao Min. Moreira Alves. *

a título de defesa do consumidor, impor prejuízos ao vendedor do bem ou prestador de serviço, sob a alegação de que ele é mais forte e o consumidor mais fraco. As relações não podem ser de imposição, nem podem configurar tratamento em prol da injustiça, na medida em que conduziriam a um outro tipo de abuso, que seria o abuso do consumidor. Este deve ser protegido contra as relações abusivas do fornecedor do bem ou serviço, mas não pode prevalecer-se de sua condição de consumidor, para impor condições abusivas ao fornecedor de bens e serviços, na busca de interpretações capazes de criar artificialmente o desequilíbrio do contrato.

Encerro, pois, o presente estudo, com as seguintes conclusões:

- a) entendo que o Código de Defesa do Consumidor, próprio das relações da ordem econômica, não se aplica àquelas relações da ordem financeira, sujeitas à política exclusiva do Banco Central e a sua regulamentação;
- b) reconheço haver forte corrente que entende ser possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre as instituições financeiras e seus usuários, desde que não impliquem interferência na política monetária e cambial, de exclusiva formulação pelo Banco Central;
- c) se prevalecer tal corrente, as relações se farão à luz do Código de Defesa do Consumidor e não do Código Civil, próprio para as relações de direito privado e não para aquelas protegidas pelo direito econômico;
- d) no caso, todavia, as disposições do direito civil (arts. 421 a 426) são muito semelhantes às disposições do Código de Defesa do Consumidor, havendo, pois, convergência de princípios, de resto já, em parte, conformados pela doutrina e jurisprudência.

ISSN 1518-2703

REVISTA

DE

DIREITO BANCÁRIO

DO

MERCADO DE CAPITAIS

EDA

ARBITRAGEM

21

Ano 6 • Julho-setembro de 2003

Coordenação: Arnoldo Wald

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Arnaldo Wald
ISSN 1518-2703