

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO DIREITO BANCÁRIO E NO DIREITO DO MERCADO DE CAPITAIS*

Prof. Dr. Siegrif Kämpel
Professor da Universidade de Giessen, Alemanha

I. Introdução

A harmonização do Direito nos Estados-membros da União Européia é um poderoso motor para a integração da Europa. No centro dessa unificação do Direito situa-se especialmente a proteção do consumidor. Assim também na Alemanha a proteção ao consumidor representa um importante princípio de tutela do Direito Civil. 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 no mercado.¹ Assim o ponto de partida da proteção ao consumidor se define pelas relações de negócios jurídicos celebrados entre consumidores e ofertadores no mercado.

Os bancos também dispõem regulamente de um poder econômico muito superior ao de uma fração substancial da sua clientela. Por isso não é de admirar que a proteção do consumidor tenha uma significativa relevância prática também no Direito Bancário e no Direito do Mercado de Capitais, onde as disposições de proteção do consumidor regulamentam as relações dos clientes mercedores de proteção com o seu banco, no momento em que estes recorrem aos serviços ou adquirem os produtos financeiros do banco.

Integram esse grupo de pessoas os clientes que não são empresários e atuam apenas em sua esfera particular. Eles são tidos regulamente como a parte contratante economicamente mais fraca ou com menos poder de barganha no tocante a outros aspectos. Para eles, o alcance econômico de serviços individuais, bem como os riscos dos produtos financeiros oferecidos freqüentemente só podem ser compreendidos com dificuldade. Isso vale especialmente para os negócios com valores mobiliários, caracterizado por produtos e inovações muitas vezes de elevada complexidade. Aqui existe o risco de que o banco, na condição de parceiro contratual profissional, imponha ao cliente a sua vontade. Onde isso ocorre, fica esvaziado em seu conteúdo o Direito constitucionalmente tutelado de que o cliente pode autodeterminar a sua atuação em negócios jurídicos também diante do banco, não necessitando submeter-se à vontade do banco. Por isso, mesmo no Direito Bancário e no Direito do Mercado de Capitais, pode existir uma relação de tensão entre a autonomia privada do cliente e a determinação do banco. E essa relação é típica para a proteção do consumidor.

* Conferência ministrada na Faculdade de Direito da UFRGS em 31 de março de 2004, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, tradução Peter Naumami, tradução das notas, Advogado Lucas Annes (Grupo de Pesquisa Mercosul e Direito do Consumidor CNPq/UFRGS).

¹ Palandt/Heinrichs *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), 63ª ed., § 13, cota 1.

II. Fundamentos da proteção do consumidor

Antes de apresentar a proteção do consumidor nos serviços e produtos financeiros individuais oferecidos pelos bancos, é necessário elucidar dois conceitos fundamentais da proteção do consumidor: o conceito do consumidor e a necessidade de proteção do consumidor.

1. Clientes particulares do banco como consumidores no sentido jurídico

Fundamentalmente, as regulamentações de proteção do consumidor aplicam-se a pessoas com o status jurídico de um consumidor. Entrementes, esse conceito foi definido pelo legislador alemão no Código Civil Alemão.² No transcurso da unificação do Direito europeu, o conceito do consumidor adquiriu uma posição central também no Direito Civil alemão. De acordo com a definição legal, são consumidores todas as pessoas físicas que celebram um negócio jurídico cujo fim não possa ser atribuído nem à sua atividade comercial ou industrial nem à sua atividade profissional autônoma.

Entrementes, o legislador utiliza o conceito de consumidor também fora do Código Civil Alemão. Assim o legislador considerou recentemente, por ocasião da nova regulamentação dos deveres específicos de informações dos bancos em operações financeiras a prazo, repletas de riscos, que a operação a prazo é celebrada com um consumidor. Isso ocorreu na Lei do Comércio de Valores Mobiliários³, que contém os fundamentos jurídicos necessários para a fiscalização do mercado de capitais por parte do Estado. Mas o conceito de consumidor contido no Código Civil Alemão determina também decisivamente essa disposição.⁴ Pois essa disposição da Lei do Comércio de Valores Mobiliários não é apenas o fundamento jurídico referente à fiscalização, destinado a regulamentar a atividade fiscalizadora do órgão de controle do mercado.⁵ Com ela criou-se ao mesmo tempo uma disposição da proteção ao consumidor, que regula as relações jurídicas entre o banco e o cliente.⁶

Na práxis bancária, o grupo de pessoas abrangido pelo conceito de consumidor do Código Civil Alemão é denominado clientela particular. Por essa razão as explanações subsequentes utilizam os conceitos "consumidor" e "cliente particular" como sinônimos.

² § 13 BGB.

³ § 37d al. 1 Lei do Comércio de Valores Mobiliários (WpHG - Wertpapierhandelsgesetz).

⁴ § 13 BGB.

⁵ Instituto Federal de Controle dos Serviços Financeiros (BaFin - Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht).

⁶ Mühlbert in: Assmann/Schneider, *Wertpapierhandelsgesetz*, 3ª ed. Ponto 15 com documentação comprobatória adicional. De acordo com os materiais legais sobre o § 37 d do WpHG a Comissão de Finanças do Parlamento Federal da Alemanha considerou para o conceito de consumidor de importância decisiva o Art. 29 da Lei de Introdução do BGB (EGBGB) na sua regulamentação sobre os contratos de consumidores. Mas essa prescrição coincide na mais ampla dimensão possível com a definição conceitual do § 13 do BGB (Mühlbert in: Assmann/Schneider, WpHG § 37d, cota 15). À diferença do § 13 BGB, o art. 29 do EGBGB não distingue expressamente com vistas à qualidade de consumidor se o negócio é celebrado para os fins de uma atividade profissional autônoma ou não-autônoma. Mas num contrato, que pode ser correlacionado a uma atividade profissional assalariada, trata-se, como no § 13 do BGB também no âmbito de aplicação do Art. 29 do EGBGB, conforme a opinião generalizada, de um contrato de consumidor (MünchKomm/Martiny, BGB 3ª ed., 1998, Art. 29 EGBGB, cota 5; Staudinger/Magnus, BGB 13. Edição revista de 2002, Art. 29 do EGBGB, cota 34 s.; Mühlbert in: Assmann/Schneider, WpHG, 3ª ed., 2004, cota 15).

Ao lado dos clientes particulares, a práxis bancária conhece também os clientes comerciais, que são, na dimensão mais ampla imaginável, sinônimo dos empresários, tais como definidos em lei.⁷ De acordo com isso, considera-se empresário a pessoa física ou jurídica ou a sociedade de pessoas juridicamente capazes que atua na celebração de um contrato no exercício da sua atividade industrial ou comercial ou da sua atividade profissional autônoma. Essa distinção entre clientes particulares e clientes comerciais também servirá de pressuposto às explicações subseqüentes.

2. Necessidade de proteção dos clientes particulares

Os clientes particulares se afiguram merecedores de proteção sempre que correm o risco deles mesmos não poderem definir a celebração e o teor de um contrato com um ofertador do mercado, isto é, quando tal definição é efetuada de maneira intolerável pelo próprio ofertador. Fundamentalmente, o Direito Civil deixa ao indivíduo a liberdade de configurar a sua vida no âmbito do ordenamento jurídico por meio de negócios jurídicos, em regime de responsabilidade própria. Essa autonomia privada é parte do princípio geral do direito humano à autodeterminação. De acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha⁸, ela goza de tutela constitucional por parte do direito fundamental à liberdade geral de ação. Todas as pessoas deverão ter o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, contanto que esse direito não viole os direitos de outrem e não infrinja a ordem constitucional ou a lei moral.⁹ Pertence, portanto, aos direitos imprescindíveis de uma ordem constitucional orientada segundo o princípio da liberdade, a condição de que cada pessoa possa celebrar contratos com base na sua vontade autônoma e não de modo determinado pela outra parte contratante. Esse direito à autodeterminação exige, porém, uma medida mínima de paridade contratual. Isso significa um poder de barganha mais ou menos igual para cada parte contratante. A prática ensina que a determinação indesejada dos consumidores por parte dos ofertadores pode ser causada de modo mais sutil do que mediante a coação física, a ameaça ou o engano. Ela pode se desenvolver também onde existe um desequilíbrio intolerável e, conseqüentemente, uma alteração do equilíbrio contratual das partes envolvidas no negócio. Se um ofertador tiver um peso tão forte a ponto de poder determinar a decisão do consumidor para a celebração do contrato ou o conteúdo do mesmo de modo efetivamente unilateral, esse direito à autodeterminação do consumidor será esvaziado de modo intolerável. Aqui o legislador ou a jurisprudência devem tomar providências para que a parte contratante mais fraca seja adequadamente protegida.¹⁰

⁷ § 14 do BGB.

⁸ Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 70, 123; 72, 170.

⁹ Art. 2 al. 1 da Lei Fundamental.

¹⁰ BVerfG WM 1993, 2199, 2203; 1997, 2117, 2118; Joswig, Festschrift (FS) Schimansky 1999, 335, 346 ss.; Krämer, FS Schimansky 1999, 367 ss.; Kumpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4^a ed., 2004, cota 6.35 ss.

a) Exemplos de perturbação intolerável do equilíbrio contratual entre o banco e o cliente

Uma tal perturbação da paridade contratual em virtude do poder avassalador de barganha do banco pode existir pelas mais variadas razões. Ela pode resultar da inexperiência ou da falta de habilidade negocial dos clientes particulares. Experiências e conhecimentos insuficientes evidenciam-se sobretudo nas inovações financeiras, tais como as conhecidas no Direito do Mercado de Capitais. Tais produtos financeiros podem criar dificuldades consideráveis de compreensão até a clientes do banco mais familiarizados com assuntos econômicos.

A necessária paridade contratual também pode ser desequilibrada de modo intolerável pela falta de conhecimentos jurídicos do cliente particular. Ela aparece com freqüência combinada com a posição intelectual mais fraca do cliente. Isso vale sobretudo para as Condições Gerais de Contratos, que muitas vezes regulam as relações contratuais entre o banco e o cliente mais do que as regulamentações legais. Essas Condições Gerais de Contratos, são elaboradas por experientes juristas das federações bancárias, que nesse trabalho são apoiados pelos juristas dos grandes departamentos jurídicos de instituições bancárias individuais.

Uma necessidade adicional de proteção a particulares evidenciou-se nos últimos anos no âmbito da garantia dos créditos. Assim alguns bancos tinham insistido que familiares próximos sem patrimônio assumissem fianças. Nesses casos faltavam valores patrimoniais adequados para a garantia necessária do crédito. Em tais casos, os tribunais declararam ineficazes a fiança, quando havia uma desproporção crassa entre a abrangência da responsabilidade civil do fiador e a sua solvência. Tal constatação era confirmada, quando o fiador previsivelmente nunca teria condições financeiras para reembolsar toda a dívida creditícia garantida pela fiança.¹¹ No caso de uma desproporção enorme dessa natureza, deve-se supor segundo o Superior Tribunal Federal que o fiador somente aceitou assumir essa obrigação por ter uma ligação emocional com o tomador do crédito. O banco teria aproveitado essa ligação de modo contrário aos bons costumes. Tal comportamento indecente representa uma ação ilícita na forma de um dano contrário aos bons costumes.¹² Ele anula o contrato de fiança.¹³ Mas nessas situações existe ao mesmo tempo um caso no qual a celebração do contrato de fiança claramente não se baseia na vontade autodeterminada do fiador. Muito pelo contrário, a fiança foi assumida em uma situação, na qual a paridade contratual estava perturbada de forma intolerável.

b) Compensação do desequilíbrio contratual pela legislação e jurisprudência

À medida que o equilíbrio contratual de banco e cliente estiver perturbado de modo intolerável, o legislador ou, em caso emergencial, a jurisprudência deverá providenciar uma compensação adequada. Naturalmente mecanismos protetores semelhantes são também encontráveis em outras áreas jurídicas.

¹¹ BGH, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 1997, 2117, 2118 com documentação comprobatória adicional.

¹² § 826 do BGB.

¹³ BGH WM 1997, 2117, 2118, com documentação comprobatória adicional.

Assim compete frequentemente ao banco um dever de prestação de informações, na fase da celebração do contrato. Não raras vezes as regulamentações legais contêm também determinadas prescrições de natureza formal. Sua finalidade consiste em chamar a atenção do cliente do banco, pouco experiente em negócios, aos eventuais riscos inerentes a um contrato.

Um instrumento eficiente de proteção é também o direito do cliente do banco, de revogar no prazo de duas semanas a manifestação da sua vontade, que (o?) tinha conduzido à celebração do contrato. Essa revogação também não carece de nenhuma fundamentação.¹⁴

De resto, o Direito Bancário e o Direito do Mercado de Capitais conhecem outros instrumentos de proteção ao consumidor. Assim determinadas cláusulas contratuais são ineficazes, quando prejudicam indevidamente o cliente. Isso vale sobretudo para as Condições Gerais de Contratos utilizadas pelo banco. Além disso é possível adjudicar aos clientes particulares direitos de indenização ou outros direitos a recebimentos de pagamentos, a título de compensação da sua posição mais fraca.

Todas essas medidas de proteção têm em comum o fato de proverem o cliente particular de uma posição jurídica melhor do que a aplicação das prescrições genéricas do Código Civil alemão.¹⁵

III. Regulamentações de proteção para as relações comerciais em geral com o banco

O Direito Bancário e o Direito do Mercado de Capitais prevêem diferentes medidas de proteção para os clientes particulares. Mas muitas regulamentações de proteção ao consumidor têm validade para todas as relações comerciais. Nesses casos, elas são, portanto, igualmente aplicáveis aos serviços e negócios de crédito no sentido do Direito Bancário e aos negócios dos bancos com valores mobiliários, que são objeto do Direito do Mercado de Capitais. Pertencem a essas regulamentações as múltiplas formas das Condições Gerais de Contratos. Mas elas dizem também respeito à realização de negócios por via eletrônica.

1. Condições Gerais de Contratos para os negócios em geral

A proteção do consumidor entra em ação sobretudo nas Condições Gerais de Contratos, usadas com a maior amplitude possível pela economia creditícia. Na prática existe um grande número de tais cláusulas padronizadas, que valem para áreas individuais de negócios, especialmente para transferência sem numerário e os negócios com valores mobiliários. Na utilização das Condições Gerais de Contratos os ofertadores reivindicam para si o direito de definirem unilateralmente o conteúdo dos contratos sobre os serviços ou produtos oferecidos. Por isso a proteção do consumidor tornou-se também um princípio de proteção das Condições Gerais de Contratos.¹⁶

Em tais cláusulas contratuais existe o perigo de que a força econômica dos seus usuários e a sua superioridade intelectual¹⁷ produzam efeitos intoleráveis para os clientes. Isso vale também para as Condições Gerais de Contratos dos bancos.

¹⁴ § 355 al. 1 do BGB.

¹⁵ Cf. Bülow/Artz, *Verbraucherprivatrecht*, 2003, p. 1 genericamente para a delimitação do Direito de Proteção ao consumidor contra as normas gerais aplicáveis do Direito Privado.

¹⁶ Palandt/Heinrichs, BGB 63. Aufl., 2004, Überbl. u. § 308 Rn 8.

¹⁷ Staudinger/Schlosser, BGB 12. Aufl., Einleitung zu den AGB Rn 1.

a) Necessidades práticas para a utilização de Condições Gerais de Contratos

Há, no entanto, consenso, de que justamente na prática bancária existe uma necessidade incontestável de Condições Gerais de Contratos como instrumento regulador.

Os negócios bancários caracterizam-se pela oferta de serviços de igual espécie, utilizados por um sem-número de clientes. Por isso um traço distintivo típico dos negócios bancários reside na celebração maciça de contratos de igual teor. Os produtos bancários têm preponderantemente a forma externa de relações contratuais, o que, de resto, também é típico dos serviços oferecidos pela economia securitária. A utilização de um texto contratual uniforme é imprescindível para tais negócios em grande escala.

De resto, os negócios bancários caracterizam-se pelo aperfeiçoamento constante dos serviços e produtos oferecidos, para poderem satisfazer a demanda da clientela e considerar também a concorrência por parte de outros bancos. Com frequência, porém, a lei não contém disposições para tais ofertas de serviços ou estas são, quando existentes, insuficientes. Aqui a falta de disposições legais deve ser suprida por regulamentações encontráveis nas Condições Gerais de Contratos. Ao menos as regulamentações legais devem ser complementadas por tais cláusulas padronizadas. A definição jurídica mais clara possível das relações contratuais interessa também aos clientes do banco. Isso vale, por exemplo, para os novos instrumentos da transferência sem numerário, tais como os colocados à disposição dos clientes. Nesse contexto devem ser mencionados sobretudo o cartão de crédito e os pagamentos sem numerário nos caixas automáticos (eletronic cash system). O mesmo vale para a retirada de dinheiro nos caixas automáticos.

Seria exigir demais do legislador, se quiséssemos adaptar as regulamentações legais constantemente a essa nova oferta de produtos financeiros. Recomenda-se, além disso, esperar a edição de medidas legais. Primeiro os novos produtos devem impor-se no mercado. Afinal de contas, uma normatização legal exige que os fatos da vida cotidiana (Lebenssachverhalte) a serem regulamentados tenham antes sido "preparados" para a regulamentação por parte do legislador. Isso se dá mediante a jurisprudência e a literatura jurídica especializada, no por uma regulamentação legal. Até esse momento, as Condições Gerais de Contratos podem servir de instrumentos reguladores.

Ao promulgar as regulamentações das Condições Gerais de Contratos, o legislador reconheceu expressamente a necessidade de tais condições enquanto instrumento regulador. Assim podemos ler na fundamentação da pertinente lei o seguinte:

"Na implementação de relações contratuais modernas, as Condições Gerais de Contratos podem racionalizar e simplificar especialmente a celebração de contratos de adesão. Tais cláusulas contratuais padronizadas podem também ordenar com clareza jurídica os âmbitos da vida e os âmbitos materiais que a lei não regulamenta ou regulamenta de modo insuficiente, aumentando assim a previsibilidade de riscos negociais. Por fim, as Condições Gerais de Contratos possibilitam adaptar rapidamente as disposições contratuais decisivamente importantes para negócios de adesão a novas condições econômicas e técnicas."¹⁸

¹⁸ Bundestags-Drucksache 7/3919, S. 9.

b) Proteção contra cláusulas inadequadas de Condições Gerais de Contratos

Vemos, portanto, que o aspecto problemático das Condições Gerais de Contratos não reside na sua utilização. Trata-se, muito pelo contrário, de proteger os consumidores contra condições inadequadas de negócios. Por isso tais cláusulas são submetidas há muito tempo a um controle de conteúdo pelo Judiciário. O Código Civil alemão¹⁹, contém uma norma geral para tal fim. Segundo ela, são ineficazes as Condições Gerais de Contratos daquele usuário que prejudicam de modo inadequado a respectiva parte contratante, contrariamente aos mandamentos da boa-fé.

O Código Civil²⁰ contém uma suposição legal para esse prejuízo inadequado, que deve ser suposto no caso da dúvida, quando uma disposição não pode ser compatibilizada com as idéias fundamentais decisivas da regulamentação legal, da qual se desvia. O mesmo vale se direitos ou deveres essenciais, decorrentes da natureza do contrato, são restringidos de modo a ameaçar o escopo do contrato. De acordo com o Superior Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) uma cláusula é inadequada quando o seu usuário procura impor abusivamente seus próprios interesses a expensas do seu cliente, não considerando então suficientemente o interesse do mesmo. Deve acrescer que também não se provê para o cliente nenhuma compensação adequada para a piora da sua posição jurídica.

Essa norma geral para o controle jurídico do conteúdo é complementada por um abrangente catálogo legal de cláusulas proibidas²¹. Com isso a cláusula geral legal é concretizada sob muitos aspectos, o que importa em maior transparência do controle do conteúdo e satisfaz a exigência da clareza e segurança jurídicas.

No entanto, a proteção dos clientes do banco contra Condições Gerais de Contratos não se esgota no controle do conteúdo por parte da jurisprudência, pois as Condições Gerais de Contratos estão submetidas a um controle adicional por parte da administração pública. Antes de entrarem em vigor, todas as Condições Gerais de Contratos do setor creditício devem ser comunicadas ao Serviço Federal de Controle dos Cartéis. Uma cópia dessa comunicação deve também ser transmitida ao Serviço Estatal de Controle dos Bancos.²² A seguir, o Serviço Federal de Controle dos Cartéis oferece aos ramos da economia afetados pelas Condições Gerais de Contratos uma oportunidade para uma tomada de posição.²³ Desse grupo fazem parte também as associações de proteção ao consumidor, fomentadas pelo Estado. Elas têm competência para solicitar que cláusulas individuais sejam canceladas pelos ofertadores do mercado, caso julguem que elas sejam inadequadas. Em caso de necessidade, as associações de defesa do consumidor podem interpor judicialmente a sua pretensão legalmente fundamentada quanto à não-utilização das cláusulas canceladas. Essa ação para tutela processual de interesses difusos possibilita o exame abstrato, separado do caso individual, de tais cláusulas padronizadas, por parte dos tribunais.²⁴

¹⁹ § 307 BGB

²⁰ § 307 Abs. 2 BGB

²¹ §§ 308, 309 BGB

²² Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin.

²³ § 29 Abs. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

²⁴ § 1 Gesetz über Unterlassungsklagen (BGBl. I, 3, 3422, 4346).

Como as experiências mostraram, a autoridade fiscalizadora e o Serviço Federal de Controle dos Cartéis zelam estritamente pela observância dos limites legais da configuração de conteúdo das cláusulas das Condições Gerais de Contratos. Por isso o setor creditício examina muito cuidadosamente a adequação antes de introduzir novas Condições Gerais de Contratos ou alterar cláusulas usadas até o momento. Do ponto de vista da política de negócios, ela tem um interesse em considerar as eventuais observações dos dois órgãos mencionados e levar também em conta as objeções justificadas das associações de proteção ao consumidor. Se procederem diferentemente, os bancos precisarão contar com um exame judicial das cláusulas das Condições Gerais de Contratos. Se o tribunal nega a eficácia de uma cláusula, surge a ameaça de comentários negativos na imprensa. Por isso são realizadas negociações bilaterais entre as associações de defesa do consumidor e as federações dos bancos antes da comunicação das cláusulas ao Serviço Federal de Proteção contra os Cartéis. Esse procedimento é praticado há muito tempo em alguns Estados-membros da União Européia, especialmente nos Países Baixos e na Áustria. Na praxis bancária atual, tais conversas preliminares com as associações de defesa do consumidor provaram ser um elemento muito eficiente da proteção ao consumidor.

De resto, essa evolução revela a profunda mudança de valores nas relações sociais. Assim o significado econômico, social e prático do consumidor foi grandemente valorizado também na Alemanha. Os interesses da defesa do consumidor estão sendo ouvidos em grau maior do que até agora pelos tribunais e pelas instâncias de promoção da política do Direito. Correspondentemente, a posição jurídica do consumidor foi substancialmente melhorada no ordenamento jurídico.²⁵

2. Negócios por via eletrônica

Uma nova demanda para a proteção ao consumidor mostrou-se nos negócios eletrônicos entre o banco e os clientes. Também os clientes privados recorrem crescentemente à possibilidade de usar determinados serviços do seu banco apenas por intermédio do telefone ou do computador (home banking). Isso vale sobretudo para os bancos que não mantêm filiais. Em contrapartida, eles estão acessíveis durante sete dias por semana durante as vinte e quatro horas do dia ou pela Internet (os assim chamados "bancos diretos").

Os negócios por via eletrônica envolvem riscos especiais. Isso motivou também o legislador europeu a promulgar uma diretiva sobre os negócios por via eletrônica²⁶. Essa implementação já ocorreu na Alemanha com a Lei para a Modernização do Direito das Obrigações, promulgada em 26 de novembro de 2000.²⁷

²⁵ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl., 2004 Rn 2.67.

²⁶ Richtlinie 2000/31/EG vom 8. August 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr (Amtsblatt für die Europäische Gemeinschaft Nr. L 178, S. 1)

²⁷ Bundesgesetzblatt Teil I, S. 3138.

O Código Civil²⁸ regulamenta agora os deveres dos bancos nos negócios eletrônicos com os seus clientes.²⁹ Por isso, o banco deve informar o cliente também sobre os procedimentos para celebração de um contrato. Além disso, o cliente deve ser informado sobre como ele pode reconhecer e corrigir erros na inserção dos seus dados antes do envio do seu pedido. De resto, ele deve ser informado sobre todos os pertinentes deveres de conduta, aos quais o empresário se submeteu voluntariamente.

Por fim, o banco deve prover o seu cliente da possibilidade de acessar e armazenar o conteúdo do seu pedido, inclusive as Condições Gerais de Contrato, por ocasião da celebração do contrato.³⁰

IV. Direito do consumidor no Direito Bancário

O Direito Bancário oferece um amplo âmbito de regulamentação para a proteção ao consumidor. Essa área autônoma do Direito pode ser descrita como a totalidade das disposições legais e das Condições Gerais de Contrato, que devem regulamentar dois âmbitos: os negócios bancários individuais e o setor creditício como parte da economia nacional.³¹

Os negócios bancários individuais sempre têm por base as relações contratuais entre o banco e os seus clientes. As regulamentações dessas relações contratuais são denominadas "Direito Privado" Bancário. Como também nos negócios entre outros ramos da economia, existe também no Direito Privado Bancário uma necessidade de regulamentação para melhorar a posição jurídica dos clientes particulares diante das prescrições genéricas do Código Civil. Frequentemente, os bancos estão em posição econômica e/ou intelectual superior a dos clientes particulares. Aqui não se trata apenas de proteger os clientes do banco na celebração de um negócio com o banco. Em determinadas constelações de casos a posição jurídica do cliente particular deve ser melhorada diante das prescrições gerais. Tais regulamentações também podem ser correlacionadas ao Direito de Defesa do Consumidor.

1. Direito Bancário Público sem defesa do consumidor no sentido mais estrito do termo

Diferentemente do Direito Privado Bancário, a parte do Direito Bancário a ser correlacionada ao Direito Público carece dos fundamentos efetivos para a defesa do consumidor.

Primeiramente, as prescrições do Direito Público para o Direito Bancário não visam as relações contratuais entre o banco e o cliente. Muito pelo contrário, os destinatários da norma são os bancos enquanto comerciantes. Trata-se, portanto, de disposições de Direito Comercial, que providenciam o fundamento jurídico da fiscalização por parte do Estado. Essas disposições de Direito Público foram resumidas em uma lei especial, a Lei sobre o Sistema Bancário. Nessas regulamentações existe uma relação hierárquica de superioridade e de inferioridade entre as instituições de crédito enquanto destinatárias da norma e o órgão fiscalizador. Essa relação de subordinação distingue o Direito Público do Direito Privado, que assenta na relação de equivalência.

²⁸ § 312e BGB.

²⁹ Die Informationspflichten sind in einer besonderen Verordnung des Bundesministers der Justiz weiter konkretisiert. Vgl. § 3 der Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht vom 5. August 2002 (Bundesgesetzblatt I, S. 3002).

³⁰ § 312e Abs. 1 Nr. 4 BGB.

³¹ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl., 2004 Rn 2.1.

Por um lado, o Direito Público Bancário protege também em última instância os clientes particulares, pois eles dependem da utilização de serviços bancários. Assim a participação em transferências sem numerário pressupõe que o cliente mantenha uma conta corrente num banco. Por outro lado, o saldo em haver deve ser protegido na máxima medida possível contra o risco da insolvência do banco. Esse risco de insolvência deve ser contra-arrestado pelas disposições da Lei sobre o Sistema Bancário, de natureza de direito público. Aqui não se trata, porém, de regulamentações da proteção ao consumidor no sentido mais estrito do termo, mas do Direito Comercial. As disposições de direito público do Direito sobre as atividades comerciais) devem ajudar a evitar na máxima medida possível os riscos operacionais de empresas.

De resto, os orçamentos privados também dependem da concessão de créditos suficientes por parte dos bancos. Tudo isso pressupõe um sistema bancário sadio e em boas condições de funcionamento. A esse objetivo servem as disposições da Lei sobre o Sistema Bancário, que possibilitam uma fiscalização por parte do Estado.

Tais regulamentações não podem, porém, ser correlacionadas à defesa do consumidor no sentido mais estrito. Para tal fim sempre é necessário que a posição jurídica do cliente seja melhorada no âmbito dos seus negócios jurídicos com o seu banco. Mas esse evidentemente não é o escopo de regulamentação das disposições da Lei sobre o Sistema Bancário, de natureza de direito público.

2. Direito Privado Bancário

A proteção ao consumidor no Direito Bancário restringe-se, portanto, fundamentalmente ao Direito Privado Bancário. Isso vale sobretudo para o crédito ao consumidor e para a intermediação em transferências sem dinheiro físico (operações de transferência).

a) Crédito ao consumidor (operações de crédito)

O direito que regula o crédito ao consumidor contém uma forte defesa do consumidor. Também aqui houve uma harmonização dos ordenamentos jurídicos europeus, por força da Diretiva sobre o Crédito ao Consumidor de 1987.³² Deve-se considerar aqui que os instrumentos de defesa do consumidor em concessões de créditos a clientes particulares são de natureza muito distinta. Dizem respeito ((a)) à celebração do contrato e ((b)) à apresentação posterior de objeções por parte do tomador do crédito no caso de uma alienação posterior do crédito pelo banco credor. Acrescem ((c)) as facilidades para o cliente particular, quando ele entra em mora com a satisfação das suas obrigações de pagamento vencidas, resultantes do contrato de crédito.

aa) Celebração do contrato

Os contratos de crédito celebrados com clientes particulares carecem da forma escrita prevista em lei.³³ Esse pré-requisito de forma deve assegurar as informações devidas ao

³² Richtlinie 87/102 vom 22. Juni 1986 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft Nr. L 42, S. 48, vom 12. Februar 1987).

³³ § 492 Abs. 1 S. 1 BGB.

tomador do crédito acerca das condições essenciais do mesmo. Ao mesmo tempo a exigência da assinatura manu propria deve servir de advertência contra a celebração não desejada de um contrato). As informações mínimas exigidas devem chamar a atenção do cliente particular sobre os efeitos financeiros resultantes da contratação de um crédito. Com isso se possibilita ao cliente particular tomar uma decisão materialmente adequada a favor ou contra a tomada do crédito, a partir de uma base segura.

A lei contém conseqüências jurídicas distintas no caso da violação do pré-requisito de forma. A sua desconsideração acarreta em princípio a nulidade do contrato creditício.³⁴ Não obstante, caso o pagamento do empréstimo se concretize, as conseqüências jurídicas são distintas. Aqui o legislador quis considerar o interesse do tomador do crédito, que se preparou para utilizar o capital. Importa, porém, considerar também adequadamente o interesse do credor em receber os juros contratados e ter reembolsados também os custos restantes do crédito.³⁵ Por isso o contrato de crédito remanesce válido independentemente dos vícios formais, à medida que o cliente do banco recebe o montante do empréstimo ou utiliza o crédito.³⁶

Estão, porém, previstas diversas sanções para proteger o consumidor, caso as formalidades legais forem violadas. No caso da informação irregular da taxa de juros nominais, a taxa de juros a ser paga reduzirá-se à taxa de juros prevista em lei (4% ao ano).³⁷ Custos não informados não serão devidos pelo tomador do crédito.³⁸ Se os pressupostos de uma eventual alteração posterior da taxa de juros não forem mencionados, a taxa de juros não poderá ser alterada em detrimento do cliente durante o período de vigência do contrato creditício.³⁹ Além disso, garantias somente poderão ser exigidas à medida que forem mencionadas no contrato escrito sobre o crédito.⁴⁰

De resto, o tomador poderá revogar sem indicação de razões, no prazo de duas semanas, a sua declaração de vontade direcionada para a celebração do contrato.⁴¹ Esse direito à revogação serve à proteção do cliente particular contra a celebração irrefletida de um contrato. Diante do significado econômico e do alcance, bem como das dificuldades da matéria contratual, pretende-se conceder ao consumidor a possibilidade de rescisão num determinado prazo. Esse prazo de reflexão possibilita ao tomador colher também informações sobre as condições de crédito em outros bancos e efetuar a pertinente comparação com a necessária tranquilidade.

bb) Facilidades no caso da mora

Por fim, o legislador previu uma regulamentação protetora para o caso do tomador do crédito não poder cumprir devidamente as suas obrigações vencidas. Ocorrendo tal mora,

³⁴ §§ 494 Abs. 1, 499 BGB

³⁵ Diese Spezialregelung soll nach den Gesetzesmaterialien die bereicherungsrechtlichen Vorschriften (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) verdrängen, weil bei deren Anwendung die schutzwürdigen Interessen der Vertragspartner benachteiligt würden (Bundestags-Drucksache 11/5462, S. 21).

³⁶ § 494 Abs. 2 S. 1 BGB.

³⁷ § 246 BGB.

³⁸ § 494 Abs. 2 S. 3 BGB.

³⁹ § 494 Abs. 2 S. 5 BGB.

⁴⁰ Diese Regelung gilt nur für Kredite, die den Nettokreditbetrag von 50.000 Euro übersteigen (§ 494 Abs. 2 S. 6 BGB).

⁴¹ §§ 355, 495 BGB.

especialmente em virtude da perda do emprego, a lei prevê diversas medidas protetoras. Isso vale especialmente para o cálculo dos danos advindos da mora, bem como para o crédito de pagamentos parciais. Tais regulamentações deverão contribuir a reduzir o crescimento das dívidas de consumidores depois de um endividamento excessivo.⁴²

Na opinião do legislador, uma causa essencial de um endividamento excessivo se deve a uma regulamentação abstrata do Código Civil. Ela diz respeito aos casos, nos quais o tomador do crédito não pode pagar os montantes devidos na íntegra, mas apenas em partes. Se o cliente particular não paga o montante integral das prestações de reembolso vencidas, os pagamentos deveriam, de acordo com o direito vigente, ser acrescidos primeiro às despesas do credor, depois aos juros e somente no fim à dívida principal.⁴³ Para melhorar a situação dos tomadores inadimplentes, surgiu a necessidade de alterar essa regulamentação legal. Por isso os pagamentos do cliente particular, que forem insuficientes para cancelar toda a sua dívida vencida, devem ser acrescidos, diferentemente da regulamentação genérica, primeiro aos custos da cobrança judicial e depois já às prestações vencidas para o reembolso do crédito. No entanto, um acréscimo aos juros, resultante da mora, somente será efetuado no fim.

Essa medida de proteção possibilita ao tomador do crédito reduzir a sua dívida creditícia também com pagamentos parciais, pois essa dívida creditícia faz crescer rapidamente os juros devidos em caso de mora. Esse acréscimo alterado de montantes parciais deve ajudar a acelerar a redução da dívida. O tomador do crédito recebe assim a oportunidade e o estímulo de reduzir as suas dívidas mediante o reembolso sucessivo do crédito.⁴⁴

Essa facilidade importante na práxis é complementada por duas medidas adicionais de proteção. Assim o montante dos juros de mora foi limitado. É também inadmissível exigir juros de mora sobre juros ainda não pagos.⁴⁵

cc) Liberação da dívida residual

No entanto, as múltiplas disposições de proteção em casos de dificuldades de pagamento do consumidor afiguraram-se ainda insuficientes ao legislador para solucionar satisfatoriamente o problema de um elevado endividamento dos consumidores. Tais situações existem especialmente, quando o consumidor não consegue satisfazer integralmente as suas obrigações vencidas também diante de outros credores, pois o seu patrimônio disponível, especialmente a sua renda auferida pelo trabalho, não bastam para tanto. Por isso a nova legislação sobre a insolvência de 1999 introduz a possibilidade de uma liberação de todas essas obrigações depois de 7 anos, em caso de existência dos pressupostos legalmente regulamentados para tal fim.⁴⁶ Em contrapartida, tal liberação da dívida não é concedida em resposta a um requerimento de um credor em meio a um processo de insolvência, se o

⁴² Eine solche Situation wird auch als „Problematik des modernen Schuldturns“ bezeichnet. Im Mittelalter konnte der Gläubiger seinen säumigen Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen in einen Schuldturn einsperren lassen, um diesen zur Zahlung zu veranlassen.

⁴³ § 367 Abs. 1 BGB.

⁴⁴ Gesetzesmaterialien (Bundestags-Drucksache 11/5462, S. 27).

⁴⁵ § 497 BGB.

⁴⁶ §§ 286 ff. Insolvenzordnung, Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl., 2004 Rn 6.89 ff.

tomador do crédito não cumprir as suas obrigações legais e colocar assim em risco a satisfação dos seus credores.⁴⁷ Nesses processos de insolvência o tomador do crédito deverá ceder as suas receitas penhoráveis oriundas de uma relação de serviço ou de trabalho a um agente fiduciário dos credores no âmbito do processo de insolvência.⁴⁸

dd) Extensão da proteção ao consumidor a clientes comerciais com necessidade comparável de proteção

O legislador considerou necessário estender a proteção do consumidor a pessoas físicas, quando elas recorrem a um crédito para a assunção de uma atividade comercial ou profissional autónoma.⁴⁹ Mas esse crédito não poderá superar o valor de 50.000 euros.

A rigor, mesmo um negócio creditício dessa natureza não pode ser correlacionado à esfera particular. Muito pelo contrário, ele deve ser classificado como atividade comercial ou profissional. Mas também nesses negócios creditícios, que servem à criação uma empresa, para citar um exemplo, o legislador afirmou haver a mesma necessidade de proteção constatada nos créditos concedidos a título particular.⁵⁰ Do ponto de vista prático, não importa aqui se reconhecemos nessa regulamentação especial uma ampliação do conceito de consumidor na direção de tais clientes privilegiados de negócios. Com essa regulamentação o legislador também só pode ter querido determinar uma aplicação das determinações de defesa do consumidor aos clientes de negócios, se o crédito for contratado com vistas à assunção de uma existência autónoma no setor privado.⁵¹

A amplitude dessa regulamentação é controvertida. As opiniões divergem quanto ao conteúdo semântico do conceito de "assunção" de uma atividade comercial ou profissional autónoma. Se tais atividades já devem ser classificadas como "exercício" dessa atividade, as regulamentações de defesa do consumidor não são mais aplicáveis. De acordo com o consenso geral, uma tal atividade não mais protegida ocorre quando o tomador do crédito já abriu uma loja ou um escritório ou ofereceu serviços ou mercadorias segundo um plano determinado.⁵² Por outro lado, seria considerada ainda insuficiente a situação na qual o tomador do crédito mal começou a sua campanha de publicidade ou já celebrou alguns contratos isolados com clientes.⁵³

b) Intermediação de transferências sem numerário (operações de transferência)

De resto, o Direito Privado Bancário contém regulamentações essenciais de proteção ao consumidor no direito regulamentador das transferências sem numerário. Elas também foram incluídas no Código Civil Alemão⁵⁴ pela Lei de Atualização do Direito das Obrigações.

⁴⁷ § 296 Insolvenzordnung.

⁴⁸ § 287 Nr. 2 Insolvenzordnung.

⁴⁹ § 507 BGB.

⁵⁰ Palandt/Putzo, BGB 63. Aufl., § 507 Rn 1.

⁵¹ Anderer Ansicht Bülow, VerbraucherKreditgesetz 4. Aufl., § 1 Rn 39 ff.; Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, S. 22.

⁵² Palandt/Putzo, BGB 63. Aufl., § 507 Rn 5.

⁵³ Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht 2003, S. 23. Anderer Ansicht Reiff in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Anwaltskommentar Schuldrecht, § 507 Rn 4.

⁵⁴ §§ 676a – 676g BGB.

Essa lei foi motivada sobretudo pela diretiva europeia sobre as transferências, editada em 1997 com o fim de eliminar defeitos surgidos nas operações de transferência.⁵⁵ Essa diretiva visa levar em consideração os interesses dos clientes particulares, mas também os das pequenas e médias empresas. De acordo com ela, transferências a outros Estados-membros da União Europeia devem ser efetuadas com rapidez, confiabilidade e a baixos custos.⁵⁶

aa) Disposições individuais de defesa do consumidor

O Código Civil alemão prescreve prazos máximos para o processamento de transferências bancárias, considerando aqui as possibilidades oferecidas pelas modernas tecnologias de comunicação e pela Internet. Assim as transferências transfronteiriças em Estados-membros da União Europeia devem ser efetuadas no prazo de cinco dias úteis. Na práxis vigente até recentemente, o processamento de tais transferências no prazo de duas semanas ou num prazo superior não era nenhuma raridade. Três prazos máximos estão previstos para as transferências domésticas: três dias bancários úteis em transferências a uma conta do favorecido em outro banco. No caso de transferências no âmbito do mesmo banco, estas deverão ser efetuadas no prazo de um dia, se o remetente e o favorecido tiverem uma conta na mesma filial. Do contrário, o prazo máximo será de dois dias bancários úteis.⁵⁷

De resto, o banco encarregado é responsável pelo crédito do valor transferido sem descontos ao banco do favorecido.⁵⁸ Não raro aconteceu em tempos anteriores que os bancos, especialmente os que tinham cooperado em uma operação de transferência para o exterior, simplesmente retinham as suas comissões, descontadas do valor transferido. Mas o cliente do banco deve poder confiar em que possa cumprir devidamente seus compromissos de pagamentos com a disponibilidade do valor transferido. Isso exige o crédito do valor integral da transferência.

Por fim, a lei prevê a responsabilidade civil para o caso, no qual a transferência não se der dentro dos prazos máximos estabelecidos em lei nem no prazo de 14 dias bancários úteis, depois do cliente ter reclamado da transferência em prazo superior ao estabelecido.⁵⁹ Aqui o cliente pode exigir do seu banco que lhe credite novamente o valor transferido em sua conta. Mas essa assim chamada money-back-guarantee foi limitada a 12.500 euros.

Com vistas à proteção adicional dos clientes bancários, foram impostos ao banco deveres abrangentes de informação sobre o processamento de transferências. Alguns desses deveres valem para a fase da concessão da ordem de transferência, como a referência à duração da transferência. Os deveres restantes de informação devem ser cumpridos somente depois da execução de uma transferência.⁶⁰

⁵⁵ Amtsblatt Europäische Gemeinschaft Nr. L vom 14. Februar 1997, S. 25, abgedruckt in WM 1997, 844 ff.

⁵⁶ Erwägungsgrund Nr. 2 der europäischen Überweisungsrichtlinie.⁴³ Nach dieser Richtlinie müssen im Übrigen seit Mitte 2005 die Bankgebühren bei nationalen und grenzüberschreitenden Überweisungen in Höhe von bis zu 12.500 Euro identisch sein.

⁵⁷ § 676a Abs. 2 BGB.

⁵⁸ § 676a Abs. 1 S. 2 BGB.

⁵⁹ § 676b Abs. 3 S. 1 BGB.

⁶⁰ vgl. § 12 Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht vom 5. August 2002 (Bundesgesetzblatt I, S. 3002).

bb) Responsabilidade civil do primeiro banco encarregado, independentemente de culpa

Cabe ao banco do remetente a responsabilidade civil por uma transferência efetuada de modo irregular, mesmo se ele não tiver culpa, caso um dos bancos envolvidos seja culpado do dano do remetente. Os bancos podem, porém, limitar essa responsabilidade civil sem culpa própria. Assim a responsabilidade civil por danos advindos do atraso ou da não-execução da ordem de transferência pode ser limitada a 12.500 euros.⁶¹

Se o primeiro banco encarregado for exigido sem culpa própria pelo seu cliente, assistira a este banco o direito legalmente constituído ao reembolso por parte do banco envolvido, responsável pela transferência efetuada de modo irregular.⁶² Até recentemente, a jurisprudência alemã negava a existência de uma responsabilidade civil tão ampla do primeiro banco encarregado. Ela também só pode ser exigida dos bancos, se em transferências transfronteiriças o banco estrangeiro for obrigado a indenizar pelo dano por ele causado ao primeiro banco encarregado. O assunto foi regulamentado pela diretiva europeia sobre a transferência. A responsabilidade civil, ampla do ponto de vista da prática bancária, é anulada quando a transferência deve ser efetuada para uma conta mantida em banco sediado fora da União Europeia.⁶³

cc) Extensão da responsabilidade civil a clientes comerciais igualmente mercedores de proteção

Os novos deveres adicionais do primeiro banco encarregado, bem como a sua responsabilidade civil pelo comportamento culposos dos outros bancos envolvidos não entram em ação apenas diante do cliente particular, mas beneficiam também uma parcela substancial dos clientes comerciais. Não obstante, essas regulamentações legais podem ser correlacionadas à defesa do consumidor, pois elas melhoram essencialmente sobretudo a posição jurídica dos clientes particulares nas relações contratuais com o seu banco. É também evidente que tais privilégios devem ser concedidos especialmente aos clientes particulares.

Isso se evidencia sobretudo no limite máximo de responsabilidade civil do banco. Assim a responsabilidade civil do banco pelo atraso da transferência pode ser limitada a 12.500 euros, independentemente da culpa. O mesmo vale para o ressarcimento de danos oriundos do descumprimento de uma ordem de transferência.⁶⁴ De resto, essa limitação a 12.500 euros existe também quando a transferência não tiver sido efetuada no prazo devido e o montante transferido somente tiver sido creditado na conta do favorecido depois de um prazo de tolerância de 14 dias bancários úteis.⁶⁵ Também aqui o primeiro banco encarregado precisa reembolsar apenas uma soma de no máximo 12.500 euros.

⁶¹ Diese Haftungsbeschränkungen wie auch sonstige Regelungen des Überweisungsverkehrs sind in den „Sonderbedingungen für den Überweisungsverkehr“ geregelt worden, die vom deutschen Kreditgewerbe einheitlich verwendet werden.

⁶² § 676e BGB.

⁶³ § 676e Abs. 3 BGB. Dasselbe gilt bei Überweisungen nach Island, Liechtenstein und Norwegen als Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR).

⁶⁴ § 676c Abs. 1 S. 5 BGB.

⁶⁵ § 676b Abs. 3 S. 1 BGB.

A fixação desses valores máximos em 12.500 euros para os diversos suportes fáticos de responsabilidade civil assegura sobretudo que danos eventuais dos clientes particulares pareçam estar regularmente cobertos. Em contrapartida, essa regulamentação deixa lacunas substanciais nas transferências dos clientes comerciais. Por isso, a proteção ao consumidor nos clientes particulares estende-se apenas a uma parte dos clientes comerciais. Nesse grupo de pessoas existe regularmente uma necessidade comparável de proteção.

Essas regulamentações da responsabilidade civil devem garantir sobretudo a aceleração das operações de transferência e os créditos integrais dos valores transferidos para a conta do favorecido. Devido à sua posição economicamente mais fraca, o grupo de clientes aqui protegido não teria conseguido salvaguardar esse interesse sem a ajuda do legislador, pois a observância dos prazos máximos agora vigentes demandou esforços consideráveis para criar os pertinentes pré-requisitos organizacionais e técnicos.⁶⁶ Do ponto de vista dos bancos empenhados na redução dos seus custos, tais investimentos devem ser evitados na medida do possível. A introdução de tais prazos curtos para transferências bancárias constitui, portanto, um exemplo muito concreto das diferentes medidas, que permitem proteger o consumidor contra o maior poder de barganha dos ofertadores do mercado.

Com vistas à sistemática do Direito, a correlação dessa responsabilidade civil legalmente prescrita do primeiro banco encarregado à defesa do consumidor também não pode fracassar diante do fato de apenas uma determinada parte dos clientes comerciais ser incluída com uma necessidade comparável de proteção. Esse caminho da extensão das disposições protetoras do consumidor a pessoas sem o status jurídico do consumidor foi também trilhado pelo legislador na regulamentação de empréstimos ao consumidor. A proteção do consumidor beneficia também créditos que servem à assunção de uma atividade comercial ou profissional autônoma. No entanto, também esses negócios creditícios não mais podem ser correlacionados à esfera particular do cliente, como as regulamentações da proteção do consumidor pressupõem em princípio.

No entanto, essa extensão da responsabilidade civil adicional do primeiro banco encarregado a uma parte dos clientes comerciais não significa necessariamente que esses clientes também devam receber o status de consumidor.⁶⁷ O objetivo da regulamentação é também atingido pelo fato do legislador possibilitar, por meio de uma regulamentação correspondentemente aberta, a aplicação das disposições de defesa do consumidor também a clientes comerciais com igual necessidade de proteção.

V. Proteção do consumidor no Direito do Mercado de Capitais

O Direito do Mercado de Capitais pode ser descrito como "a totalidade das disposições legais, das condições de contratos e dos padrões reconhecidos que regulamentam a organização

⁶⁶ Der Verbraucherschutzgedanke, der den neuen Haftungsregelungen zugrunde liegt, war auch für die Einführung der Maximalfristen bei Inlandsüberweisungen maßgeblich. Dagegen dürfte der europäische Gesetzgeber bei der Maximalfrist von 5 Bankgeschäftstagen im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr neben dem Verbraucherschutz auch die Vereinheitlichung der Ausführungsfristen im europäischen Wirtschaftsraum im Auge gehabt haben.

⁶⁷ Anderer Ansicht Bülow, Verbrauchercreditgesetz 4. Aufl., § 1 Rn 39; Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, S. 22, wonach im Verbrauchercreditrecht ein erweiterter Verbraucherbegriff gilt.

do mercado de capitais, os serviços e os produtos bancários referidos ao mercado, bem como os deveres comportamentais dos agentes do mercado ou de outros terceiros, referidos ao mercado."⁶⁸

No Direito do Mercado de Capitais os clientes particulares pertencem ao grupo de investidores. (A este círculo também pertence os clientes comerciais, que ao mesmo tempo tenham o status de consumidor) Por isso a proteção do consumidor pode entrar em ação apenas em parte dos investidores. Além disso, a proteção ao consumidor se reveste por três razões adicionais de uma importância prática menor para clientes particulares do que no caso dos serviços oferecidos pelo banco e seus produtos financeiros, aos quais se aplica o Direito Bancário.

1. Âmbito restrito da aplicação de normas de defesa do consumidor

A proteção dos investidores, que no Direito do Mercado de Capitais envolve em determinadas áreas simultaneamente também a proteção ao consumidor, persegue dois objetivos distintos. Somente um deles justifica correlacionar determinações protetoras dos investidores ao Direito de Defesa do Consumidor. Assim a proteção dos investidores somente pode significar a proteção da totalidade dos aplicadores (proteção dos aplicadores no sentido mais amplo). Isso abrange também aquelas pessoas que somente no futuro adquirirão títulos do mercado de capitais (aplicadores potenciais). A Lei das Bolsas de Valores utiliza aqui a denominação "público" de aplicadores.⁶⁹ A essa proteção dos aplicadores no sentido mais amplo serve especialmente o Direito da Organização das Bolsas de Valores. Tais regulamentações não produzem, porém, efeitos imediatos sobre a relação contratual entre o banco e o cliente, à qual se vincula a proteção ao consumidor.

a) A proteção do consumidor somente do investidor individual

Em determinados conjuntos de fatos, a proteção dos aplicadores também pode significar a proteção dos interesses do aplicador individual. Devido às consequências jurídicas distintas, esta proteção individual deve ser distinguida rigorosamente da proteção do público de investidores. Somente as disposições legais que também visam a proteção dos interesses individuais do aplicador prejudicado podem fundamentar contra o causador do dano um dever de indenização decorrente da violação culposa de uma norma de proteção. Por conseguinte, são adequadas à proteção do consumidor apenas as regulamentações que servem a essa proteção individual, pois com isso a posição do cliente particular pode ser melhorada na relação jurídica com o banco. Em tal melhoria da posição jurídica dos clientes particulares reside justamente o interesse da proteção do consumidor.

b) A não-incidência da proteção do consumidor nos deveres de conduta relacionados ao mercado de capitais

A idéia da proteção do consumidor também não entra em ação no caso dos deveres de conduta referidos ao mercado, que constituem mais uma das três matérias do Direito do

⁶⁸ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl., 2004 Rn 1.6.

⁶⁹ Vgl. §§ 30 Abs. 3 Nr. 3, 38 Abs. 1, 39 Abs. 1 Nr. 3, 42 Börsengesetz.

Mercado de Capitais. Isso pode ser exemplificado especialmente na proibição do abuso de informação privilegiada (*insider trading*).⁷⁰ Essas regulamentações asseguram o funcionamento do mercado de capitais, que é o objetivo primordial de regulamentação do Direito do Mercado de Capitais. Visam, por conseguinte, apenas a proteção da totalidade dos aplicadores e não a proteção dos interesses individuais do aplicador isolado. Tais regulamentações referidas ao mercado não devem, portanto, melhorar a posição jurídica dos clientes particulares na sua relação contratual com o banco, conforme objetiva a proteção ao consumidor.

2. Proteção ao consumidor em serviços bancários relacionados ao mercado de capitais

Por esse motivo, as disposições protetoras dos investidores só podem ser correlacionadas à defesa do consumidor à medida que regulamentam os serviços e os produtos financeiros oferecidos pelo banco e relacionados ao mercado. Estamos, portanto, apenas diante de uma das três matérias do Direito do Mercado de Capitais. As áreas de negócios, que poderiam exigir regulamentações protetoras do consumidor, são sobretudo o âmbito das operações a prazo, repleto de riscos. A isto somam-se os negócios de efeitos e os negócios com fundos das sociedades de investimentos. Tais sociedades pertencem às instituições de crédito com um escopo negocial específico, estreitamente delimitado.

a) Negócios a prazo

No caso dos negócios a prazo a proteção ao consumidor serve-se da informação como instrumento de proteção, tal o como o legislador o utilizou nos serviços do Direito Bancário e de forma similar também em outros setores da economia.

aa) Esclarecimentos específicos sobre os riscos

Nos negócios a prazo é necessário mostrar ao cliente particular com especial clareza o grande risco de tais operações. Aqui a necessária proteção ao consumidor é objetivada por meio de uma informação adicional sobre determinados riscos desses negócios.⁷¹ Isso deve ser feito mediante comunicação escrita, a ser assinada pelo cliente particular.

Esse modelo de informação aplica-se apenas a clientes particulares. Eles devem receber um esclarecimento específico sobre os riscos especiais dos negócios a prazo. O meio utilizado aqui é um texto padronizado com informações, utilizado no setor creditício de modo uniforme. Essa informação de base já foi aceita pelo Superior Tribunal Federal. Na opinião do tribunal, tais informações de base contêm os necessários esclarecimentos sobre o modus operandi e os riscos das diversas espécies dos negócios a prazo.

bb) Modelo de informações em duas etapas

Numa segunda etapa do esclarecimento dos clientes particulares, prescrito por lei, devem ser transmitidas informações, como deve ocorrer também em negócios com valores mobiliários.⁷² Aqui devem ser levadas em consideração a situação individual do investidor e a estrutura específica do respectivo negócio a prazo.

⁷⁰ § 14 WpHG.

⁷¹ § 37d WpHG.

⁷² § 31 Abs. 2 Nr. 2 WpHG.

b) Negócios de efeitos

Por negócios de efeitos se compreende os negócios realizado no mercado do capitais que envolvam ações e debêntures). Estes negócios também conhecem disposições de proteção ao consumidor. Aqui os serviços prestados pelo banco consistem em adquirir ou alienar valores mobiliários do mercado de capitais.

aa) Deveres de informação

Nos negócios de efeitos, os deveres de informação ocupam o primeiro plano. A seu respeito, a Lei do Comércio de Valores Mobiliários⁷³ dispõe de modo conciso e lapidar o seguinte: o banco deve comunicar aos seus clientes todas as informações convenientes. De acordo com a opinião generalizada, elas envolvem também o esclarecimento do cliente acerca das características dos riscos das formas individuais de aplicação. No interesse da clareza jurídica, o teor e a abrangência desses deveres de informação legalmente prescritos foram explanados em uma portaria do Instituto Federal de Fiscalização dos Serviços Financeiros (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - BaFin) O dever de informação, previsto em lei, deverá capacitar o cliente para a tomada de uma decisão independente e responsável acerca da sua aplicação.

O banco, por sua vez, só poderá cumprir adequadamente esse dever de informação se ele conhecer a situação pessoal do seu cliente. Por isso o Direito do Mercado de Capitais anglo-saxônico conhece o princípio "You must know your customer" - "Você deve conhecer o seu cliente". Disso resulta que o banco tem que primeiramente solicitar ao cliente informações sobre os objetivos do seu investimento. O mesmo vale para os conhecimentos ou as experiências do cliente com relação às diversas modalidades de investimento e à sua situação financeira.⁷⁴ Tais informações são colhidas regularmente de forma padronizada antes da abertura de uma conta.

Em termos de sistemática jurídica, esse dever de informação prescrito por lei pode ser incluído nas regulamentações que visam a defesa do consumidor, pois o banco não deve essa informação a todos os clientes. Muito pelo contrário, o legislador europeu, bem como o legislador alemão supõem com razão existirem necessidades de proteção bastante distintas nas diversas categorias de clientes.⁷⁵ Por isso um tal esclarecimento ao cliente somente é prescrito à medida que ele "for necessário para a defesa dos interesses do cliente".⁷⁶ O objetivo dessa prescrição legal é considerar de modo adequado que os clientes, especialmente os profissionais, em princípio não carecem de nenhuma informação.⁷⁷ Isso mostra ao mesmo tempo que os deveres de informação previstos em lei visam primeiramente os clientes que não dispõem das necessárias experiências e competências nos negócios de efeitos. Integram esse grupo sobretudo os clientes particulares.

⁷³ § 31 Abs. 2 Nr. 2 WpHG.

⁷⁴ § 31 Abs. 2 Nr. 1 WpHG.

⁷⁵ 30. Erwägungsgrund der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, Koller in: Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsgesetz, § 31 Rn 96a, 122a.

⁷⁶ § 31 Abs. 2 Nr. 2 WpHG.

⁷⁷ Koller in: Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsgesetz, § 31 Rn 96a, 122.

bb) Execução de operações de efeitos na Bolsa de Valores

Uma medida específica de proteção no Direito do Mercado de Capitais é o dever legalmente prescrito do banco de executar, em princípio, por intermédio de uma Bolsa de Valores as ordens de compra e venda de valores mobiliários cotados nas bolsas. O banco somente será liberado dessa obrigação de executar as ordens dos clientes de valores mobiliários na bolsa, se o cliente lhe tiver dado uma instrução expressa para proceder diferentemente no caso em espécie.⁷⁸ Na opinião do legislador, o investidor particular deve tomar essa decisão antes de qualquer ordem individual de compra ou venda, para poder ser advertido sobre as desvantagens de uma execução da ordem fora da bolsa de valores. Em tais casos a execução da ordem do cliente não ficará sujeita às regulamentações da legislação sobre a bolsa. Essas disposições legais devem assegurar a confiança dos investidores na equidade e igualdade de oportunidades do comércio na bolsa.⁷⁹

Acresce que os preços da bolsa possuem uma qualidade especial. A sua definição deve efetuar-se com imparcialidade e neutralidade. 'Imparcialidade' quer dizer que fica vedado ao corretor preferir o interesse de uma das duas partes contratantes dos negócios na bolsa por ele intermediados. Além dela, o dever da neutralidade obriga o corretor a não negligenciar na definição do preço os interesses de um comitente em benefício do seu próprio interesse.⁸⁰ Uma medida adicional de proteção consiste em regulamentar de modo preciso os passos individuais da definição do preço. Por fim, a definição do preço de bolsa está sujeita à fiscalização por parte do Estado.

O banco pode obter uma instrução genérica para executar a ordem fora dos mecanismos da bolsa de valores somente pelos seus clientes comerciais que, de acordo com a avaliação do legislador, não carecem da proteção da obrigação para executar as ordens dos clientes de valores mobiliários na bolsa. Por esse motivo essa obrigação somente se destinaria aos investidores particulares.

c) Negócios com fundos das sociedades de investimentos

De resto, a idéia da defesa do consumidor é um elemento central da Lei sobre os Investimentos, que sofreu profundas alterações com vigência a partir do dia 1º de janeiro do corrente ano. A motivação imediata dessas alterações se deve a duas diretivas da Comunidade Européia.⁸¹ A implementação dessas diretivas nos ordenamentos jurídicos nacionais representa um passo a mais na direção da uniformização do mercado interno europeu nos negócios de investimentos.

Fazem parte desses fundos de investimentos especialmente os fundos de valores mobiliários, administrados por bancos, cuja área de atuação se restringe à administração de tais fundos. Entre esses bancos especializados, na prática denominados sociedades de

⁷⁸ § 22 Abs. 1 S. 1 Börsengesetz.

⁷⁹ Bundesrats-Drucksache 936/01 (neu), S. 211.

⁸⁰ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl., 2004 Rn 17.54 ff.; Kümpel/Hammen, Börsenrecht 2. Aufl., 2003, S. 30 ff.

⁸¹ Die Richtlinien 2001/107/EG und 2001/108/EG vom 21. Januar 2002 zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organisationen für die gemeinsame Anlage in Wertpapieren vom 20.12.1985 (OGAW-Richtlinie); abgedruckt in: Kümpel/Hammen/Ekkenga, Kapitalmarktrecht, Kz 960.

investimentos⁸², e os investidores que participam do fundo existe um contrato de gestão de negócios. Os deveres da sociedade de investimentos, dele resultantes, foram regulamentados em ampla medida por lei para proteger os investidores.⁸³

Isso vale sobretudo com vistas a uma informação suficiente dos investidores. Assim as condições escritas do contrato devem ser aplicadas com vistas à relação contratual entre a sociedade de investimentos e o investidor. Elas devem conter as regulamentações prescritas pela Lei sobre os Investimentos.⁸⁴ Com vistas ao detalhamento das relações contratuais, a autoridade fiscalizadora desenvolveu condições que são em larga escala absorvidas pela prática. Para ter eficácia jurídica, o teor literal definitivo dessas condições contratuais carece da autorização do órgão fiscalizador.

A correlação de regulamentações isoladas da Lei sobre os Investimentos ao Direito de Defesa do Consumidor já pode ser justificada com a idéia fundamental dessa lei especial. A Lei sobre os Investimentos visa dar a amplas camadas da população a possibilidade de usar já em pequenas aplicações as vantagens normalmente existentes apenas para grandes fortunas.⁸⁵ Frequentemente os investidores não dispõem de capital suficiente para promover uma ampla distribuição dos seus investimentos com recursos financeiros próprios. Ocorre que somente com essa ampla distribuição existe uma relação economicamente racional entre o risco e as oportunidades de ganho, por um lado, e entre o risco e a renda esperada a partir da participação em empresas cotadas na bolsa de valores.

Por essa razão, o negócio de investimentos procura tradicionalmente integrar em tais fundos os recursos monetários de pequenos investidores em busca de investimento. Somente a partir de um determinado volume de recursos é possível operar de modo eficiente uma política de investimentos segundo o princípio da repartição (comunhão dos riscos). De resto, pequenos investidores frequentemente carecem de conhecimentos e de experiência para poderem efetuar investimentos adequados.

Essa poupança orientada para investimentos já tem uma longa tradição, que na Inglaterra remonta até a década de 1860. Assim a definição clássica do objetivo do negócio das sociedades de investimentos já figura no prospecto de fundação de uma sociedade inglesa de investimentos ("Foreign and Colonial Trust"), constituída em 1868. Nele se afirma:

"O escopo da sociedade é oferecer aos pequenos poupadores as mesmas vantagens dos proprietários de grandes patrimônios, minimizando o risco mediante a distribuição do investimento dos capitais sobre um grande número de ações de empresas diferentes."⁸⁶

⁸² Das Investmentgesetz bezeichnet dagegen diese Spezialbanken als „Kapitalanlagegesellschaften“.

⁸³ Baur in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalmarktrechts, 2. Aufl., 1997 § 18 Rn 2.

⁸⁴ § 43 Abs. 2 Investmentgesetz.

⁸⁵ Baur in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts 2. Aufl., § 18 Rn 1; Laux/Pasler, Wertpapier-Investmentfonds, S. 9; Laux, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1996, S. 18.

⁸⁶ Economist 1868, S. 346 f, zitiert bei Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften 5. Aufl. 1931, S. 169.

3. A proteção ao do consumidor por ocasião de aquisições de empresas na bolsa de valores

No Direito Bancário e no Direito do Mercado de Capitais, a proteção do consumidor não se restringe apenas à relação contratual dos clientes bancários com o seu banco. Em casos excepcionais pode ocorrer uma tal necessidade de proteção também diante de terceiros. Um exemplo alemão ilustrativo disso é a Lei sobre as Aquisições de 20 de dezembro de 2001.⁸⁷ Essa regulamentação legal objetivou criar os pressupostos legais para um comportamento equitativo e transparente, especialmente nos casos, nos quais a aquisição de uma sociedade cotada na bolsa é pretendida pelo adquirente, o assim chamado ofertante. O principal objetivo da regulamentação foi prover os acionistas da sociedade-alvo com suficientes informações. Assim os acionistas são capacitados a decidirem com conhecimento da situação sobre a oferta que lhes seria apresentada para a compra dos seus valores mobiliários.⁸⁸

Assim o ofertante é obrigado a elaborar um documento detalhado sobre a sua oferta, no qual ele deve explicar de modo abrangente a sua oferta em conformidade com as orientações legais e no idioma alemão. Ele deve também fornecer informações sobre o financiamento da sua oferta e a sua situação financeira. De resto, ele deve comentar as consequências previsíveis da aquisição para a futura atividade comercial da sociedade-alvo e para a sua própria empresa.

Por fim, o ofertante deve publicar todas as compras de ações da sociedade-alvo, se esses negócios forem realizados durante o processo da aquisição ou no decurso do ano subsequente a ela.⁸⁹ Aqui interessam especialmente os negócios, nos quais o ofertante adquiriu tais ações a um preço mais elevado do que o mencionado na oferta de aquisição. Nesses casos o ofertante é obrigado com relação aos antigos acionistas a pagar uma importância no valor da diferença.⁹⁰ Constitui-se assim uma pretensão independente de pagamento daqueles acionistas que aceitam a oferta de aquisição.⁹¹

Certamente as disposições da Lei sobre as Aquisições, que protegem os investidores, especialmente as sobre os deveres de informação, também podem ser incluídas no âmbito do Direito de Proteção do Consumidor. Tais regulamentações divergem das disposições genéricas do Código Civil alemão. Elas também melhoram nitidamente a posição jurídica dos acionistas afetados, pois se os valores mobiliários forem comprados no mercado de capitais, o adquirente não será afetado por obrigações tão abrangentes quanto as impostas ao ofertante por ocasião da aquisição da sociedade-alvo. Mas essa melhoria da posição jurídica diante do Direito em geral é justamente um pré-requisito essencial da inclusão de disposições legais no Direito de Proteção do Consumidor, do ponto de vista da sistemática jurídica. O segundo critério das disposições de proteção do consumidor também é observado, pois as

⁸⁷ Bundesgesetzblatt I, S. 3822. Die vollständige Bezeichnung dieses Gesetzes lautet: Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (Übernahmegesetz).

⁸⁸ § 3 Abs. 2 Nr. 2 WpHG, Bundesrat-Drucksache 574/01, S. 2, 65.

⁸⁹ § 23 Abs. 2 Übernahmegesetz.

⁹⁰ § 31 Abs. 5 Übernahmegesetz.

⁹¹ Bundesrat-Drucksache 574/01, S. 138.

condições de proteção da Lei sobre as Aquisições beneficiam sobretudo os pequenos investidores, por conseguinte os clientes particulares.

VI. Considerações conclusivas

Minhas senhoras, meus senhores,
permitam-me chegar ao termo da minha conferência.

Como acabamos de escutar a proteção do consumidor tem uma grande importância prática no Direito bancário e do mercado de capitais. Ao mesmo tempo esta proteção conforme sua finalidade restringe-se essencialmente às regulamentações que se destinam às relações contratuais dos clientes particulares com o seu banco. Em ambas as áreas do Direito, a proteção do consumidor se caracteriza pelo fato das medidas de proteção terem um espectro mais largo do que em outras áreas do Direito. Isso se explica sobretudo pelo fato das relações contratuais do banco com os seus clientes assentarem em uma grande multiplicidade de tipos contratuais previstos no Código Civil alemão. Aqui se evidencia uma especificidade da oferta de serviços dos bancos e dos seus produtos financeiros. O negócio bancário, bem como os serviços e produtos financeiros referidos ao mercado de capitais apresentam um leque bem mais amplo do que a oferta de mercadorias ou serviços dos outros setores da economia.

O Direito de Proteção do Consumidor também confirma mais uma vez uma descoberta nada nova. O Direito Bancário e o Direito do Mercado de Capitais se prestam muitíssimo bem a ilustrar o significado e alcance de conceitos fundamentais do Direito. Por isso as duas áreas do Direito podem contribuir a uma compreensão mais aprofundada do ordenamento jurídico.

Muito obrigado pela atenção que me foi dispensada.

Christoph Benicke

I. Einleitung

Die Finanzportfolioverwaltung wird in § 1 Abs. 1a Nr. 3 KWG als die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum definiert. Kennzeichnend sind damit zum einen die Vermögensgegenstände, die verwaltet werden. Das Gesetz verwendet den Begriff des Finanzinstruments. Im Kern handelt es sich dabei vor allem um fungible Anlagetitel die am Kapitalmarkt gehandelt werden. Dies grenzt die Finanzportfolioverwaltung oder auch Wertpapiervermögensverwaltung von den Verwaltungen anderer Vermögenswerte ab. Eine solche rechtliche Sonderbehandlung ist gerechtfertigt, weil die Leistungspflichten des Verwalters durch die Art der Vermögensgegenstände geprägt werden. Es geht um ein Handeln am Kapitalmarkt vor allem in Form des Erwerbs und der Veräußerung von Anlagetiteln. Bei der Verwaltung einer unternehmerischen Beteiligung oder eines Immobilienvermögens geht es demgegenüber vor allem um das Halten und Bewirtschaften des konkreten Vermögensgegenstandes.

Zum anderen ist die Vermögensverwaltung nach der Art der Tätigkeit von der Anlageberatung abzugrenzen. Entscheidend ist insoweit, dass der Verwalter selbst mit eigenem Entscheidungsspielraum Anlageentscheidungen für den Kunden trifft, während der Berater den Kunden nur unterstützt, damit dieser die Anlageentscheidung selbst treffen kann. Außerdem ist die Vermögensverwaltung notwendig auf eine gewisse Dauer angelegt, während die Anlageberatung auch einzelfallbezogen erbracht werden kann und in den meisten Fällen erbracht wird.

II. Ökonomische Analyse des Vermögensverwaltungsverhältnisses

1. Vermögensverwaltung als spezialisierte Arbeitsteilung

Die Fremdverwaltung von Wertpapiervermögen kann sich als eigener Geschäftszweig nur etablieren, wenn in großer Zahl ausreichend große Vermögen vorhanden sind. Das Vorhandensein solchen privaten anlagebereiten Vermögens ist zwar notwendige Bedingung für das Entstehen eines Marktes der Vermögensverwaltung, erklärt aber noch nicht, warum die Vermögensinhaber dritte Personen als Fremdverwalter heranziehen. Traditionell wird als Grund für die Fremdverwaltung von Vermögen angeführt, dass der Inhaber selbst verhindert sei, sein Vermögen zu verwalten. Vermögensverwaltung in Finanztiteln, wie sie heute in großem Umfang angeboten wird, kann aber nur dadurch erklärt werden, dass es sich um eine Form der Arbeitsteilung handelt, die durch die Spezialisierung wirtschaftliche Vorteile bringt.