

relações privadas. Daí porque uma interpretação axiológica é necessária para depreender-se o real significado do cumprimento ou não de determinado negócio jurídico.

Não podemos esquecer que a vida é muito mais dinâmica do que o Direito, ou seja, a sociedade cria relações e estabelece novos interesses muito mais rapidamente do que uma regra é publicada. A interpretação jurídica deve acompanhar as mudanças sociais e abrir-se para a possibilidade de estabelecer novos instrumentos na solução de conflitos. Deve abandonar a idéia de adequação da realidade à norma jurídica. Deve criar possibilidades para que a sociedade e seus conflitos vislumbrem no sistema jurídico a segurança necessária.

Tal segurança jurídica surge quando o Direito privilegia a socialização das relações, a solidariedade social e o bem comum. No momento em que o direito privado tem de submeter-se ao interesse coletivo, limitando sua ação a uma função que não prejudique a sociedade como um todo, temos Justiça. Este é o bem maior que os privados almejam, qual seja, um sistema jurídico que privilegie as intenções, a confiança e não o poder econômico, ou seja, que o Estado viabilize o exercício do princípio da dignidade humana (real).

Os intérpretes dos Direitos (bem como seus aplicados) devem atentar para o fato de que a Constituição Federal é um instrumento capaz de promover uma solidarização/funcionalidade/publicização de instrumentos próprios e típicos do direito privado, tal como é o contrato.

O papel do jurista nesta nova concepção de direito privado, que abomina a divisão metodológica entre este e o direito público, é invasivo, ou seja, o jurista deve invadir o preceito constitucional para analisá-lo. Não deve contemplá-lo ou observá-lo isoladamente. Como

exaustivamente referimos ao longo deste trabalho, a Constituição é um sistema unitário. As decisões que diluem conflitos de interesses na esfera privada geram conseqüências no interior do sistema jurídico e da sociedade como um todo.

A resistência à possibilidade de mudança paradigmática do Direito torna a Constituição Federal uma mera Carta de Princípios. A divisão entre conteúdos eficazes e programáticos estabelece a possibilidade de não aplicação dos direitos que possuem conteúdos aptos à transformações sociais.

Um grande passo foi dado no sentido da constitucionalização do direito privado com o Projeto do novo Código Civil que tramita no Congresso Nacional. O texto incorpora à consolidação civil de nosso país muitos dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal. Se a inspiração do Código Civil Brasileiro de 1917 era liberal-burguesa, o texto do novo Código Civil prima pelo reconhecimento do interesse público como limite ao interesse privado privilegiando o fundamento da República contido no princípio da dignidade da pessoa humana. É, ao mesmo, atualização em relação aos avanços sociais - reconhecendo direitos como o da igualdade entre homens e mulheres, a união estável, o fim social da propriedade entre outros -, e possibilidade de uma interpretação sistemático-ética do direito em relação aos casos por ele protegidos, onde o magistrado tem a possibilidade de resolver lacunas legais utilizando os princípios fundamentais da República (CF/88).

A materialização dos valores sociais contemporâneos já foi efetivada no momento em que a Constituição Federal foi promulgada. Cabe-nos (a nós, aos intérpretes e aplicadores do Direito) um esforço concentrado para dotar-lhe da maior eficácia possível.

O CDC e os Serviços Bancários no Brasil¹

Luciano Benetti Timm²

INTRODUÇÃO

Não existem dúvidas de que as pessoas vivem hoje numa sociedade de serviços, especialmente se se considera a composição preponderante do setor terciário (serviços) no produto nacional bruto (PNB) nas maiores economias mundiais (por exemplo os Estados Unidos, a Inglaterra e mesmo o Brasil)³. Por serviços, os economistas designam “o componente do Produto Nacional Bruto que mede a produção de artigos imateriais, como telecomunicações, transporte, conserto de equipamentos”⁴. Os outros componentes do PNB são o setor primário (produção agropecuária) e secundário (produção industrial). Os economistas e estatísticos normalmente incluem as operações bancárias nas atividades ditas terciárias ou setor de serviços⁵, como não poderia deixar de ser – dados os conceitos retro citados –, pois elas não caracterizam nem uma atividade ligada ao setor agropecuário, nem industrial.

Nesse contexto econômico de preponderância do setor terciário nas grandes potências mundiais, o papel que jogam os bancos é significativo enquanto fornecedor de serviços no mercado, considerando-se sobretudo que nem as pessoas, nem as empresas e nem mesmo os governos têm suficientes rendimentos (ganhos e poupança) para consumir e investir o quanto necessitam para saciar as suas necessidades (até porque, como se sabe também da ciência econômica, as necessidades humanas são ilimitadas).

De outro lado, o ponto que talvez mais chame a atenção dos juristas dessa nova realidade econômica antes descrita, seja como essas atividades, serviços e operações bancárias são negociadas no mercado. Isto porque cedo eles se aperceberam que bancos e consumidores (sobretudo as pessoas naturais ou físicas) não estão na mesma condição de barganha na configuração de suas relações contratuais por causa da situação de vulnerabilidade econômica dos úl-

¹ Tradução de monografia apresentada para a disciplina de Direito Bancário (*Banking Regulation*) ministrada pelo Prof. Dr. Frank Dawson no curso de pós-graduação (*Master of Laws, LL.M.*) da Universidade de Warwick (Inglaterra) no ano letivo de 1998-1999.

² Luciano Benetti Timm, *Mestre em direito civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Master of Laws pela Universidade de Warwick e Doutorando em Teoria Geral do Direito na USP. Advogado militante em São Paulo e ex-Juiz Leigo do Juizado Especial Cível do Rio Grande do Sul.*

³ LEWIS (1973), p. 01.

⁴ Cf. GREEWALD (1993).

⁵ Ver, por exemplo, o quadro em LEWIS (1973), p. 3.

timos. O Código Civil Brasileiro (CCB), que entrou em vigor em 1916 (mas o anteprojeto de Clóvis Beviláqua é de 1899), inspirado nos ideais iluministas da igualdade formal e liberdade não oferece instrumentos para combater a desigualdade fática daqueles que negociam no mercado financeiro (bancos e pessoas naturais ou jurídicas).

Em 1990, o Congresso Nacional brasileiro aprovou uma legislação que objetiva fundamentalmente proteger a parte mais fraca ou hipossuficiente (e mais especificamente o consumidor) nas relações desenvolvidas pelos agentes econômicos no mercado: o chamado Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC). A inspiração para isso foram artigos expressos da Constituição Nacional da República de 1988 (CF), que dispõem sobre a necessidade de se protegerem os direitos dos consumidores, especialmente o seu artigo 170. Nesta esteira, uma questão bastante controversa exsurge: o CDC aplica-se aquelas relações desenvolvidas pelo banco e seus clientes para os fins de proteção do polo mais fraco?

Essa discussão é importante porque não existe no Brasil ainda nenhuma lei do consumidor de crédito, ao contrário de outros países como a Inglaterra (onde vigora desde 1974 o Consumer Credit Act⁶). Por outro lado, o CDC tem um artigo de redação bastante ampla para a prestação de serviços no mercado, com referência explícita às atividades bancárias⁷.

Dessa forma, as principais questões propostas aqui serão em que medida as atividades bancárias ofertadas pelos bancos para seus clientes se subsume

ao suporte fático do CDC retro citado e como consequência, quais os resultados disso?

Embora a resposta a essas duas questões pareçam simples, divergências surgiram porque algumas vezes no Brasil, como mostrado no Capítulo II a seguir, defendem que essas atividades bancárias não podem ser consideradas tecnicamente de serviços⁸ – normalmente e não surpreendentemente tratam-se de argumentos construídos por renomados juristas e bem recompensados pelos sindicatos dos banqueiros. Nesse diapasão, elas não sofreriam a incidência do CDC, recaindo na esfera regulatória do CCB e do quase-medieval princípio do *pacta sunt servanda*⁹. Na verdade, o real objetivo desses argumentos contrários à aplicação do CDC nas relações em alvitre é deixar os bancos, a parte mais forte e rica, livre para abusar de sua posição frente aos consumidores, pressupondo uma fictícia igualdade e liberdade em contratar (qual será a margem de liberdade, por exemplo, que tem o mutuário que tira financiamento bancário para adquirir sua casa própria...).

O objetivo de fazer incidir o CDC nas relações entre instituições financeiras e mutuários é sobretudo beneficiar o consumidor através da imposição de uma série de deveres implícitos ou anexos (*implied duties*) derivados do princípio da boa fé objetiva (positivado no art. 4º, III do CDC) às primeiras. Sustentar o contrário seria a mesma coisa que deixar os consumidores de atividades bancárias desprotegidos e a mercê de práticas abusivas, especialmente se se tem em conta a recente volumosa privatização e internacionalização ocorrida no mercado financeiro brasileiro¹⁰.

⁶ *The Consumer Credit Act 1974.*

⁷ *CDC, art. 3º, par. 2º*

⁸ *DALL'AGNOL JUNIOR (1998), p. 15.*

⁹ *Salienta-se que essa expressão, tal como utilizada hoje, coube a Grotius e não aos romanos antigos.*

¹⁰ *Desde 1994, quase metade das 25 maiores instituições financeiras brasileiras alteraram seu controle acionário, com especial ênfase para as aquisições internacionais. In Gazeta Mercantil, 23-27/12/98, Caderno Finanças & Mercados, p. B-1.*

Com o fito de subsumir as atividades bancárias dentro da órbita regulatória do CDC, deve-se examiná-las em si mesmas e depois como são executadas, i.e., perquirir a forma pela qual elas são negociadas – existe algum contrato que operacionaliza essa relação? Isso será feito no primeiro Capítulo deste trabalho.

Considerando os resultados dessa investigação preliminar, deve-se então pesquisar a aplicabilidade do CDC a essas relações bancárias, ou, pelo menos, a algumas delas. Isso será feito no Capítulo II. Dessa forma, responder-se-á à primeira indagação fundamental desse artigo tal como supra exposta.

Finalmente, o último passo será a análise das principais implicações de uma eventual aplicação do CDC às relações em tela. Esse é o objeto do Capítulo III. De sorte que a segunda e última pergunta resta respondida outrossim.

I – A RELAÇÃO ENTRE BANCOS E CONSUMIDORES

A. Atividades Bancárias

O primeiro passo desse capítulo será a explicação do que consistem os bancos para os fins de caracterizar suas principais atividades envolvendo clientes.

Bancos, espécie do gênero instituição financeira, são essencialmente intermediários do dinheiro, ou seja, eles captam esse bem no mercado e o repassam. Nessa intermediação, remuneram-se pelo *spread* (diferença entre o valor do dinheiro na captação e no repasse) e de juros do mutuário (preço do dinheiro).

De acordo com o Lei Brasileira de Refor-

¹¹ *FORTUNA (1992), p. 23.*

¹² *CRANSTON (1997), p. 03.*

ma Bancária (Lei 4.595/64), em seu artigo 17:

“São consideradas instituições financeiras...aquelas entidades públicas e privadas que têm primária ou secundariamente as atividades de captação, o ato de intermediação (de recursos financeiros)”

No mesmo sentido, o Manual de Normas e Instruções (MNI) do Banco Central do Brasil (BACEN), os bancos (comerciais) são intermediários financeiros que recebem o dinheiro do público e o emprestam àqueles que dele necessitam com o fim de multiplicar a circulação de moeda – o chamado “efeito multiplicador da moeda”¹¹.

Naturalmente, bancos estão envolvidos com atividades muito mais complexas do que simplesmente captar e emprestar dinheiro no mercado, mas indubitavelmente, face ao retro exposto, essa é a sua essência, sua atividade precípua e caracterizadora. Para se evitar qualquer confusão, uma precisa distinção entre as atividades bancárias deve ser trazida neste momento.

De acordo com CRANSTON¹²:

“Bancos podem ser divididos em bancos comerciais, isto é, aqueles envolvidos com suas atividades fundamentais de receber depósitos, efetuar pagamentos ordenados pelos clientes e prover financiamento de variadas formas. Sob diversas formas. Bancos de investimento englobam uma larga escala de atividades, incluindo atividades no mercado de capitais, gerenciamento de investimentos, corporate financing e aconselhamento, e desenvolvendo produtos no mercado de derivativos”.

No entanto, é bem verdade que grandes

bancos hoje (ainda na linha do mesmo autor supra citado):

"...são tipicamente instituições multifuncionais, envolvidas não apenas nas atividades bancárias essenciais mas dedica-se a um sem número de outras atividades [tais como] câmbio de moedas, mercado de ações e de derivativos, em seu próprio benefício ou representando os clientes".

Depreende-se, assim, que os bancos estão envolvidos em uma larga escala de atividades, desde a tradicional de captação e empréstimo, até operações mais complexas como investimento no mercado de capitais.

Essa evolução pode inclusive ser encontrada na legislação brasileira. No passado, a citada Lei de Reforma Bancária, que passou no Congresso em 31 de dezembro de 1964 (Lei nº 4.595) trouxe inúmeras alterações ao Sistema Financeiro Nacional; dentre elas, a a divisão entre bancos comerciais e de investimento. Entretanto, a Resolução nº 1.524 do BACEN, de 22 de setembro de 1998, permitiu a operação de bancos múltiplos.

Feita essa precisão conceitual, para os efeitos desse trabalho considerar-se-ão tão somente as principais atividades dos bancos, pois somente elas refletirão mais intensamente na vida da grande maioria de usuários dos serviços bancários. Como se disse acima, as principais atividades bancárias são o recebimento de depósitos em conta-corrente, realizar pagamentos sob a direção do cliente e conceder empréstimos.

Aproveita-se aqui posição do Conselho Nacional do Consumidor Britânico (*the National Consumer Council of the United Kingdom*)¹³, que descreveu os principais serviços bancários:

- (a) *Depósitos e poupança*
Provisão de uma conta corrente e de talonário de cheques
Máquinas automáticas para saques, depósitos e pagamentos
Contas de poupança e recebimento de depósitos
Cartão magnético da conta-corrente e da conta-poupança
- (b) *Circulação de moeda*
Cheques
Transferência de créditos
Débitos diretos em conta-corrente
Concessão de empréstimos via cheque especial (por exemplo)
- (c) *Empréstimos*
Concessão de crédito em conta-corrente com cheque especial
Empréstimos pessoais
Financiamento habitacional
Cartões de crédito
- (d) *Viagens e câmbio de moedas*
Moeda estrangeira
Travellers' cheques
Transferências e remessas internacionais de dinheiro
- (e) *Investimento, trust and impostos*
Seguros diversos (saúde, vida, residência, automóvel, incêndio)
Planos de previdência privada
Planejamento fiscal
Fundo de investimentos
- (f) *Serviço especializado, informações e serviços*
Informações específicas sobre mercado financeiro, acionário, etc..."

¹³ *National Consumer Council (1983), p. 07.*

B. O Contrato de Serviços

Definidas as principais atividades bancárias, deve-se agora atentar como são negociadas essas operações com os clientes, vale dizer, o contrato firmado entre as partes.

Com efeito, para atingir seus objetivos principais, os bancos normalmente abrem uma conta-corrente em nome dos usuários (correntistas) através de um contrato, para que possam captar dinheiro no mercado.

Do outro lado, consumidores abrem uma conta-corrente no banco, celebrando com ele um contrato, por duas razões principais: *"primeiramente, ele fica livre de carregar largas somas de dinheiro consigo, e, em segundo lugar, é uma forma conveniente de pagar contas"*¹⁴.

Portanto, é claro nesses casos que um contrato de serviços é feito entre bancos e correntistas quando uma conta-corrente é aberta. Isso para que o banco assumira duas obrigações fundamentais: cuidar do dinheiro como depositário fiel do bem recebido e também pagar as contas do cliente conforme suas instruções. Ultimamente, inclusive, os bancos tem desenvolvido formas bastante diferentes e novas de executar essa última obrigação no Brasil (como caixas expressas, débito direto).

Para permitir os clientes fazerem paga-

mentos, os bancos transmitem o dinheiro de quatro maneiras principais:

- (a) *Acesso ao dinheiro através de retiradas da conta-corrente nos guichês das agências bancárias ou máquinas automáticas;*
- (b) *cheques e transferências de crédito;*
- (c) *débito direto;*
- (d) *cartão de crédito..."*¹⁵

Essas duas obrigações fundamentais assumidas pelo banco no negócio jurídico em tela constituem indubitavelmente modalidades das chamadas obrigações de fazer¹⁶. Isso é evidência ainda maior que tal relação contratual é espécie do tipo serviços, nos exatos termos da definição traçada na Introdução deste trabalho.

De fato, quando uma obrigação de fazer é contratada com caráter de profissionalidade (habitualidade e remuneração) no mercado¹⁷, um serviço está sendo prestado ao usuário do banco. Lembre-se aqui que o contrato de serviços pode englobar uma grande variedade de obrigações negociadas entre as partes dada a amplitude do seu conceito.¹⁸ Efetivamente, serviço pode ser definido como qualquer atividade humana prestada por uma pessoa a outra sem se configurar uma obrigação de dar¹⁹. Dessa forma, serviço pode ser considerado como a *"...realização de qualquer tipo de trabalho (em sentido lato e não do Direito Trabalho) mediante retribuição"*²⁰.

¹⁴ *National Consumer Council, op. cit., p. 15.*

¹⁵ *National Consumer Council, op. cit., p. 27.*

¹⁶ *Como se sabe, a disciplina das obrigações no CCB (como se dava semelhantemente no direito romano antigo) são divididas em obrigações de dar, fazer e não fazer. A primeira é aquela em que o devedor deve transferir a posse ou propriedade de uma coisa (ou restituí-las ao credor), ao passo que as obrigações de fazer tem um conceito residual, configuram tudo aquilo que não seja uma obrigação de dar e de não fazer.*

¹⁷ *TIMM (1998), p. 58.*

¹⁸ *TIMM (1998), p. 58.*

¹⁹ *LANTIN & WOODROFFE (1981), p. 4.*

²⁰ *LANTIN, (1981), p. 4.*

Não restam dúvidas então ser o contrato bancário sobretudo um contrato de serviços já que o banco assume fundamentalmente as obrigações de cuidar do dinheiro depositado (atividade que não obrigação de dar) e pagar as contas contra a ordem do cliente (atividade que não obrigação de dar). Claro que subliminarmente há uma obrigação de dar dinheiro, mas essa obrigação de dar é absorvida pelo fazer, como no contrato de empreitada a entrega da obra é subsidiária ao fazê-la.

Deve ser enfatizado aqui que o serviço provido pelos bancos são "... *muito particulares. Eles consistem não a prática de um simples ato, mas a realização contínua de atos em favor do cliente*"²¹.

Poder-se-ia arguir, como faz LEWIS²², que a definição de serviços é meramente classificatória e não existe distinção intrínseca entre produtos e serviços, mas essa discussão fogiria aos propósitos desse trabalho especialmente porque essa dicotomia foi consagrada no CDC²³.

Finalmente, o serviço de financiamento aos clientes é executado pela inclusão de crédito na conta-corrente da parte (conforme previsão contratual), ou ainda através da concessão de empréstimos pessoais para fins específicos como casa, carro²⁴. No primeiro caso, de concessão de crédito em conta-corrente, o contrato é acessório ao negócio principal de abertura em conta-corrente. Assim, ambos são contratos de prestação de serviços. Por outro lado, uma empréstimo pessoal a mutuário pode ser independente de conta-corrente e portanto do con-

trato principal de serviços, como no caso de alguma pessoa que não é correntista do banco tira um mútuo habitacional. Nesse caso, a aplicação do CDC deriva do fornecimento de um bem (dinheiro) no mercado. Muito embora se possa, mesmo nessa situação, vislumbrar-se uma prestação de serviços, pois o banco não produz o dinheiro, mas capta-o no mercado, prestando um serviço de intermediação financeira.

Ponto menos delicado é saber se o contrato de serviços celebrado entre bancos e correntistas subsume-se a definição legal de serviços prevista no CDC e por outro lado se o correntista pode ser considerado um consumidor.

Para tanto, essas atividades bancárias devem ser consideradas como uma relação de consumo de produtos e serviços ofertados pelo banco no mercado. Vale dizer, aplica-se o CDC desde que haja subsunção do negócio alvitado às previsões legais acerca do consumidor e do fornecedor de um bem ou serviço.

II - O CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS

A. Subsunção às Provisões do CDC

O CDC tem como objetivo a proteção da parte mais fraca em qualquer relação de consumo²⁵. Essa relação especial é normalmente estabelecida por um contrato entre o consumidor e o fornecedor, embora outras pessoas fora deste negócio jurídico podem também ser protegidos pelas normas do CDC, caso sofram um dano em

²¹ LANTIN (1981), p. 05.

²² LEWIS (1973), p. 02.

²³ Ver artigos 12 e 18 para produtos e artigos 14 and 20 para serviços.

²⁴ National Consumer Council, p. 124.

²⁵ BOURGOIGNE (1982), p.03.

razão de alguma prática comercial daquele fornecedor no mercado²⁶.

Foi dito supra que o contrato de serviços negociado entre banco e cliente seria uma relação de consumo desde que, primeiramente, ele concretizasse os suportes fáticos do artigos 2º e 3º do CDC que definem serviços e consumidor. Isso porque a noção de relação de consumo é achada quando se liga a definição legal de consumidor e de serviços (conceito relacional).

O fornecedor de serviços é a pessoa natural ou jurídica que oferta um serviço no mercado na acepção econômica da palavra, conforme o exposto na Introdução. Assim, serviço é *qualquer atividade ofertada no mercado de consumo, em troca de remuneração, incluindo a atividade bancária, financeira, crédito e seguros*²⁷. Dado esse conceito legal, fica evidente que o contrato de serviços entre bancos e clientes se subsume à hipótese legal do CDC a respeito do fornecedor de serviços. Todavia, a aplicação ainda depende de ser achado um consumidor nesta relação.

O CDC define consumidor em seu artigo 2º: "*Consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final*".

A doutrina, interpretando esse artigo de Lei²⁸, afirma que "*consumidor é o destinatário fático ou econômico do serviço ... é o que usa o serviço com vistas a satisfazer uma necessidade pessoal ou um desejo ... não existe objetivo de lucrar mas, ao contrário, despende (em seu sentido econômico de oposição a poupar)*".

²⁶ CDC, artigo 29, citado abaixo.

²⁷ CDC, artigo 3º, II.

²⁸ TIMM (1998), p. 64.

²⁹ TIMM (1998), p. 65.

³⁰ CRANSTON(1997), p. 264.

Portanto, clientes que usam os serviços bancários para satisfazer necessidades pessoais e não para lucrar são consumidores e essa relação sofre a incidência do CDC. Por outro lado, a implicação disso é que as outras pessoas que contratam serviços bancários para instrumentalização de sua atividade econômica na busca do lucro não podem ser considerados consumidores (p. ex. a área de *corporate finance* dos bancos). Seria possível de defender uma exceção a esta regra somente se uma significativa vulnerabilidade pode ser encontrada entre a empresa e o banco, como no caso das micro-empresas, que movimentam um volume de recursos muito baixos, tendo em vista a preocupação com a parte hipossuficiente nas relações econômicas. Essa tese, no entanto, embora sustentável é perigosa por não precisar limites claros à exceção a regra, correndo-se o risco de transformar o que deve ser um microsistema legislativo no macrosistema que a tudo regula²⁹.

Dessa forma, o consumidor de serviços é basicamente "*a pessoa natural que está agindo fora do âmbito de seus negócios (incluindo aqui o comércio e a atividade profissional)*"³⁰ e negocia com o banco a prestação de serviços definidas como suas atividades principais (abrir uma conta-corrente para receber depósitos, pagamentos contra ordem). Claro que o financiamento pessoal concedido a pessoas que não são clientes do banco, não configuram a prestação de um serviço a esta pessoa em sentido estrito, mas o fornecimento do produto dinheiro. Todavia ainda há a possibilidade de dizer que a prestação de um serviço nesse último caso reside na atividade de captação e repasse de recursos financeiros que o banco executa. Em vista disso, todas as atividades acessórias presta-

das pelo banco são atraídas pela principal e também devem sofrer a regulamentação do CDC.

A despeito da clareza das disposições do CDC, alguns juristas, contratados pelos bancos, têm apresentado engenhosas teses para subverter a literalidade legal e fazer com que a atividade legal pudesse escapar das normas do CDC.

B. Algumas vozes contra

Alguns juristas defendem que o CDC só poderia ser aplicado a relações de consumo e não a atividades relacionadas com investimento e poupança, que caracterizam operações bancárias³¹. O ato de consumo, ainda segundo eles, é o objetivo da produção e é caracterizado pela destruição da coisa, enquanto os recursos financeiros são utilizados para gastar ou poupar, atos relacionados ao mercado de investimentos³². Assim, as negociações não ocorrem no mercado de consumo, mas no de investimentos. Consequentemente, o ato de o consumidor ter uma conta bancária ou tomar um empréstimo bancário não poderia ser considerado, tecnicamente, como um ato de consumo, por se situar fora do mercado de consumo. Acima disto, os recursos financeiros não são extintos pela operação bancária, mas ao contrário se multiplicam na economia. Por tudo isso, o CDC não se aplicaria ao caso vertente de operações bancárias³³.

Além do mais, as atividades ligadas ao crédito bancário não são contratos de serviços por envolverem a transferência de dinheiro³⁴.

³¹ Cf. WALD (1991), p. 66.

³² WALD, idem, ibidem.

³³ WALD, idem, ibidem.

³⁴ WALD, idem, ibidem.

³⁵ WALD, idem, ibidem.

³⁶ RAMSAY (1989), p.33.

³⁷ CRANSTON (1997), p. 140.

Portanto, elas configuram o fornecimento de um produto.

Finalmente, eles defendem que o direito do consumidor não podem influenciar tão importante e complexo ramo da economia, dada a função especial do dinheiro. Por isso, a atividade bancária deve ser controlada pelo BACEN, nos limites da legislação bancária já citada, que inclusive é lei complementar³⁵.

C. Resposta às críticas

Esses argumentos são de fato retóricos e acabam desviando o cerne da discussão. Primeiramente porque ignoram o “atual estado da arte”; segundo, porque eles desconsidera a atividade que está por trás do mero empréstimo de dinheiro que se apresenta como um serviço (algo como considerar a empreitada como fonte de uma obrigação de dar a obra, quando, na verdade, sabe-se que o dar está compreendido dentro do fazer a obra)³⁶.

É possível dizer que essas vozes contrárias a aplicação do CDC ignoram o ponto comum de qualquer manual de direito bancário de propósitos acadêmicos (obviamente livros e artigos escritos por advogados do sindicato dos banqueiros tem sua isenção científica comprometida por razões evidentes). Nesse sentido, CRANSTON³⁷, afirma:

“O conceito de banco múltiplo imediatamente oferece a imagem de um banco oferecendo diversos tipos de serviços. De-

pósitos em conta-corrente é básico e ao mesmo tempo mundano. Conjuntamente com depósitos estão os pagamentos realizados mediante as instruções dos clientes...financiamento bancário abarca uma grande variedade de técnicas, como o simples crédito concedido em conta-especial...”

Além disso, as vozes daqueles juristas contradizem a redação expressa do artigo 3º do CDC que determina a aplicação de suas normas às atividades bancárias e tentar criar distinções entre atividades e operações bancárias com o mero propósito de fazê-las escapar da incidência do CDC não se afigura uma postura científica.

Por fim, esses juristas estão advogando contra as leis dos países civilizados e contra uma tendência mundial, o que destoia da posição sempre ultraliberalizante e pró-globalização das instituições financeiras, dando a idéia de que o argumento econômico-jurídico varia conforme os interesses em jogo. Por exemplo, o *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1994 (the UTCC Regulations, implementado no Reino Unido seguindo uma Diretiva Comunitária de mesma matéria) dispõe sobre uma larga escala de serviços que pode ser estendida ao campo do direito bancário. Com efeito, a UTCC aplica-se a qualquer “*pessoa que, agindo com propósitos relacionados aos seus negócios, fornece serviços*”. Embora esta legislação não traga uma definição de serviços de forma a incluir as atividades e operações bancárias, é certo que a estas se aplica, de acordo com CRANSTON³⁸:

“[é claro que] serviços bancários e financeiros são cobertos [pelo UTCC]. As atividades bancárias típicas – recebimento de depósitos e concessão de empréstimos – obviamente envolvem o fornecimento de um

serviço. O cumprimento de um pagamento a ordem do consumidor é também um serviço. Igualmente, o são os aconselhamentos financeiros, a atividade securitária, o gerenciamento de fundos de investimentos e assim por diante.”

Nesse sentido, os argumentos dos juristas contra a aplicação do CDC analisados no item anterior é enganoso e retórico porque ele analisa uma realidade fora do seu contexto, deixando de lado toda a operação que está por trás de um simples ato de empréstimo de dinheiro, como se o banco produzisse o dinheiro e dele dispusesse por milagre. No entanto, o quadro inteiro, que inclui os dois lados da moeda é que, perseguindo os seus propósitos comerciais, bancos fazem contratos pelos quais eles prometem guardar o dinheiro de correntistas e pagar a sua ordem, com o simples objetivo de captar dinheiro de poupadores no mercado e direcioná-los a quem deles precisa (mutuários). Por esta atividade de intermediação, que consiste em seu trabalho, os bancos cobram. Nesse sentido, vislumbra-se um serviço prestado, inclusive com fortes doses de interesse público. Tanto isso é verdade que o Acordo Geral sobre Comércio Internacional de Serviços – General Agreement on Trade in Services (GATS) –, originado da Rodada Uruguaia da Organização Mundial do Comércio (OMC) em dezembro de 1993, tem regras direcionadas aos serviços financeiros ofertados pelos bancos no mercado internacional³⁹. Nem poderia ser diferente, pois as atividades e operações bancárias compõem a parcela do PNB denominada de setor terciário ou de serviços.

A respeito de possíveis conflitos entre normas regulamentares e legislação sobre instituições financeiras e o CDC, eles devem ser resolvidos dentro dos princípios tradicionais de

³⁸ CRANSTON (1997), p. 164.

³⁹ SCOTT & WELLONS (1998), p. 189-201.

conflitos de leis no tempo e no espaço (por exemplo, norma especial prevalece sobre norma geral), não servindo de argumento contrário *a priori* à aplicação do CDC a serviços bancários.

Acima de qualquer coisa, a disputa parece desaparecer quando o artigo 29 do CDC é trazido à tona, cuja redação é a seguinte: "aqueles expostos às práticas previstas por este Código são colocados no mesmo nível dos consumidores". Portanto, mesmo que os contratantes de serviços bancários para fins não comerciais não configurem propriamente a posição de consumidores porque não destroem o dinheiro, ainda assim eles seriam protegíveis pelas normas do CDC dado o seu compromisso com a proteção contra práticas comerciais abusivas às partes hipossuficientes⁴⁰, desde uma vulnerabilidade seja encontrada no caso concreto⁴¹.

III - CONSEQUÊNCIAS

Uma vez aceita a aplicação do CDC aos serviços, operações, atividades bancárias contratadas pelos consumidores, uma das mais importantes consequências é aplicação do princípio da boa fé objetiva, ainda não explorada suficientemente pela doutrina nacional.

Tecnicamente, esse princípio impõe uma série de deveres implícitos (*deveres anexos ou laterais*) que são adicionados aos deveres principais de guarda do dinheiro e pagamentos a ordem do consumidor, dando origem a uma relação obrigacional complexa, de forma que

o adimplemento do programa obrigacional dependerá do seu estrito cumprimento.⁴² Vale dizer, qualquer descumprimento de um dever anexo implicará inadimplemento e indenização, caso gerado um prejuízo ao cliente. Não se deve esquecer que os serviços bancários são tipicamente longos e a relação contratual é estabelecida para protrair no tempo (chamados por alguns de *contratos cativos ou relacionais*⁴³).

Os deveres anexos que exsurtem de uma relação obrigacional complexa como a bancária podem ser sistematizados da seguinte forma⁴⁴:

- a) Deveres de cuidado, proteção, segurança e precaução (os quais aplicados ao banco significam cautela no momento de assessoria financeira em investimentos; cuidado com a integridade física dos clientes que deverão ser protegidos em assaltos a agências bancárias; não colocá-los indevidamente em cadastros de devedores inadimplentes como o CADIN, SERASA);
- b) Deveres de informação e esclarecimento (no caso dos bancos, por exemplo, os extratos deverão ser apresentados de forma clara e auto-esclarecedora; as máquinas automáticas devem contar com dispositivos que permitam ao cliente saber seu saldo; o reflexo dos juros em operações de empréstimo devem ser informados ao consumidor; treinamento de pessoal);
- c) Dever de prestação de contas (e.g. informar a respeito da cobrança de impostos);

⁴⁰ BOURGOIGNE, idem, ibidem.

⁴¹ DALL'AGNOL JUNIOR (1998), p. 14-17.

⁴² TIMM (1998), p. 91-108.

⁴³ MARQUES (1998), p. 25.

⁴⁴ MARTINS-COSTA (1996), p. 547.

- d) Deveres de lealdade e cooperação (por exemplo, o banco deve evitar atrasos desnecessários para efetuar transferências de dinheiro e ficar aplicando o dinheiro recebido nesse intervalo);
- e) Dever de sigilo (e.g. não fornecer dados sobre seus clientes, salvo contra ordem judicial).

Dessa forma, o contrato de serviços bancários estabelece um programa obrigacional complexo, recheado de deveres que não se resumem àqueles expressamente previstos no instrumento contratual firmado pelas partes, mas abarcam também aqueles outros derivados da boa fé negocial.

Em síntese, pode-se dizer que a aplicação do CDC aos serviços fornecidos pelos bancos para alguns de seus clientes torna a relação obrigacional um programa complexo, cujo adimplemento depende do respeito a deveres que derivam da própria natureza da relação contratual (boa fé), independentemente de previsão das partes⁴⁵. Além, claro, de todas as regras sobre publicidade enganosa e de proteção contratual contra cláusulas abusivas.

Nesse sentido, o contrato entre bancos e consumidores deve ser visto como um processo no qual diversos deveres exsurtem e se extinguem durante a sua vida, que é deveras longa e complexa devida a sua própria natureza⁴⁶. O surgimento desses deveres anexos depende uma análise casuística que deriva sobretudo da finalidade econômica pretendida pelas partes, da natureza do negócio e da doutrina acerca do princípio da boa fé objetiva⁴⁷.

⁴⁵ TIMM, idem, ibidem.

⁴⁶ MARQUES (1998), p. 28.

⁴⁷ Para uma análise mais detalhada da aplicação dos princípios jurídicos e cláusulas gerais, ver MARTINS-COSTA (1996).

IV - CONCLUSÃO

Como conclusão, responde-se às duas principais questões propostas na introdução deste trabalho.

Primeiramente, pode-se dizer que o CDC aplica-se a alguns contratos de serviços celebrados entre bancos e clientes. Isso depende de se achar um consumidor como contratante de uma atividade ou operação bancária. O consumidor é aquele que usa um serviço bancário com uma finalidade não profissional. Excepcionalmente, poder-se-á expandir a proteção do CDC para atingir relações não estritamente de consumo em casos de extrema vulnerabilidade econômica do contratante dos serviços bancários, mas sempre com o cuidado de não tornar o que é um microsistema legislativo numa panacéia para todos os males. Então quando uma pessoa natural abre uma conta bancária para que o mesmo guarde e remunere seu dinheiro, pagando as contas que indicar, configura-se uma relação de consumo. Essa contratação permite ao banco captar recursos financeiros e repassá-los a quem deles necessite. Essa é a relação de consumo bancário típica.

Em segundo lugar, a principal consequência da aplicação do CDC é a imposição de uma série de deveres anexos a relação de consumo independentemente da vontade das partes e que integram o programa obrigacional para fins de adimplemento e responsabilidade civil. Sem deixar de lado, naturalmente, toda a proteção contratual contra cláusulas abusivas e publicidade enganosa oferecida pelo CDC. Em consequência, o consumidor poderá processar o banco pelo descumprimento de qualquer desses deveres anexos catalogados no capítulo anterior e para anular cláusulas abusivas impostas em contratos de adesão.

V - BIBLIOGRAFIA CITADA

- BOURGOIGNE, Thierry. *Introduction*. in Revue Internationale de Droit Compare, vol. 513, 1982, p. 03.
- CRANSTON, Ross. *Principles of banking law*. Oxford, Clarendon Press, 1997.
- DALL'AGNOLJUNIOR, Antonio Janyr; *Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros - aplicação do CDC nas atividades bancárias* Revista do Direito do Consumidor, vol. 15, 1998, p. 27.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. Rio de Janeiro, Qualitymark Editora Ltda., 1992.
- GREEWALD, Douglas. *Dictionnaire economique*, Librairie General de Droit et Jurisprudence Paris, 1993.
- LANTIN, Barbara & WOODROFFE, Geoffrey; *Service please*, National Consumer Council, 1981.
- LEWIS, Russel. *The new service society*, Longman Group Limited, 1973.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos bancários em tempos pós-modernos - primeiras reflexões*. In Revista do Direito do Consumidor, vol. 25, 1998, p. 19.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Sistema e cláusula geral*, Tese de Doutorado, Sao Paulo, USP, 1996.
- NATIONAL CONSUMER COUNCIL. *Banking services and the consumer*, Londres, Methuen & Co. Ltd., 1983.
- RAMSAY, Iain. *Consumer Protection: text and materials*. Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1989.
- SCOTT, Hall & WELLONS, Philip. *International Finance*. Nova Iorque, Foundation Press, 1998.
- TIMM, Luciano Benetti. *Da prestação de serviços*. Porto Alegre, Sintese, 1998.
- WALD, Arnold; *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. Revista dos Tribunais, vol. 66, 1991, p. 12.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro*

Marcos de Campos Ludwig

Mestrando em Direito Privado pela UFRGS
Pesquisador-bolsista da Fundação CAPES

INTRODUÇÃO

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade está expressamente consagrado na Alemanha pelo art. 2, 1, da Lei Fundamental¹, tendo exercido, desde o alvorecer do pós-guerra, considerável influência sobre as relações jusprivadas, graças à perspectiva constitucional adotada e trabalhada pelos tribunais maiores daquele país. Assumiu papel basilar nesse sentido, desde sua instituição em 1951, a Corte Constitucional germânica (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG).

Tal evolução jurisprudencial, como veremos, não ocorreu por acaso: escudavam-na vários séculos de doutrina teológica, filosófica e jurídica, que culminaram na elaboração do que veio a ser chamado, já no final do século XIX, de *Direito geral da personalidade*. Essa teoria,

SUMÁRIO

Introdução.

- I- *O processo de recepção da personalidade (especialmente na Alemanha)*. A) *Pessoa e personalidade*. 1. *Origens do conceito jurídico de pessoa*. 2. *A personalidade como categoria ética*. B) *O problema da tutela jurídica da personalidade*. 1. *Direito geral da personalidade*. 2. *A ruptura totalitária e sua superação*.
- II- *A aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito privado alemão e brasileiro*. A) *A incidência da Constituição sobre o Direito privado*. 1. *Direitos fundamentais e Direito privado*. 2. *Diferenças entre a experiência alemã e brasileira*. B) *Análise jurisprudencial comparativa*. 1. *Evolução do tema na jurisprudência alemã*. 2. *Alcance da expressão na jurisprudência brasileira*.

Conclusões.

Obras consultadas.

* Este artigo é uma versão retrabalhada da monografia escrita para a disciplina de Teoria Geral do Direito Privado, ministrada pela professora Dra. Judith Martins-Costa no curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, durante o primeiro semestre de 2000. Agradecemos à professora todo o auxílio prestado - verdadeira conditio sine qua non deste nosso esforço - e ao professor Almiro do Couto e Silva a paciência e um par de indicações bibliográficas valiosas.

¹ "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt" (Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral). O substantivo alemão Entfaltung seria melhor traduzido, talvez, por "desdobramento"; optamos por "desenvolvimento", contudo, por já restar consagrado como termo da expressão "livre desenvolvimento da personalidade".