

A INTERVENÇÃO ESTATAL NO SETOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS BRASILEIROS*

BANK AND FINANCIAL SERVICES IN BRAZIL AND GOVERNAMENTAL INTERVENTION.

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA**

RESUMO

A economia brasileira desenvolveu-se consideravelmente nas duas últimas décadas. Esse desenvolvimento fez-se sentir, igualmente, no setor financeiro nacional. Embora desejáveis, e escolhidos pela ideologia constitucional, os mecanismos de livre mercado e de intervenção mínima, por meio da regulação setorial, não têm sido suficientemente hábeis a gerir adequadamente o setor.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil. Serviços bancários e financeiros. Desenvolvimento. Disciplina constitucional e legal. Resistências. Desafios. Perspectivas.

ABSTRACT

The brazilian economy has developed considerably in the recent decades. This development can be noted in the financial and bank sector as well. Even though chosen by the Constitution ideology, the laissez faire mechanisms and the regulatory agencies haven't succeed in their challenges of properly monitoring the sector.

KEYWORDS: Brazil. Bank and financial services. Development. Constitutional and legal rules. Obstacles. Challenges. Perspectives.

SUMÁRIO:1. O mercado de serviços bancários e financeiros no Brasil: desenvolvimento, expansão, acesso e exclusão. 2. A disciplina constitucional e legal do setor bancário e financeiro em vigor no

* Texto-base de palestra conferida em evento promovido em parceria pela Faculdade de Direito da UFMG e pela ULAVAL, de Quebec, em Belo Horizonte, no dia 10 de março de 2011.

** Doutora em Direito. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFMG. Diretora do Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor. Foi assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal e Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça. Advogada.E-mail: amanda@afdeoliveira.com.br

Brasil: uma história de resistências e desafios. 2.1 Regulação do setor bancário e direitos fundamentais. 2.2 As relações jurídicas de consumo bancárias e o ordenamento jurídico brasileiro. 2.3 As relações jurídicas concorrenciais entre bancos e o ordenamento jurídico brasileiro. 3. Perspectivas para a disciplina jurídica do mercado de serviços bancários e financeiros no Brasil. Referências.

1. O MERCADO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS E FINANCEIROS NO BRASIL: DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO, ACESSO E EXCLUSÃO.

É significativa e indiscutível a mudança ocorrida nos rumos da economia brasileira nas últimas duas décadas. Adotando-se como objetivo maior da sociedade brasileira o desenvolvimento social do país¹, é de se reconhecer que muitas das mudanças ocorridas nesse campo ocasionaram resultados muito positivos para aquele propósito. Dentre os resultados positivos, verifica-se a estabilidade da moeda, o controle da inflação, o acesso mais universal a certos produtos e serviços, a “modernização” de produtos e empresas nacionais, estimuladas pela competição internacional, e, com destaque, a solidez de instituições, que permitiu, inclusive, ao país, reagir com firmeza à recente crise econômico-financeira mundial.

Muitos foram os fatores que contribuíram para esses resultados. Entre eles, destaca-se, não sem sofrer fortes críticas por ferrenhos opositores ideológicos, a opção, declarada e realizada, por uma economia de mercado. Tendo sido feita opção pela

1 O desenvolvimento social do país é instrumento para a consecução de outro fim: a vida digna das pessoas. A Constituição de 1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º) e finalidade da Ordem Econômica e Financeira nacional (art. 170).

economia de mercado, foram adotadas medidas como a abertura do mercado nacional, a desregulamentação da economia, a privatização de empresas públicas, a intervenção estatal mínima na economia, que, juntas, e com a resposta que obtiveram do setor privado, criaram um ambiente propício para a livre concorrência e a inserção do país no mercado globalizado.

É bem verdade que os resultados não foram apenas positivos. Se a privatização, seguida de um ambiente legal que favorece a concorrência entre as empresas, autorizou a quase-universalização do acesso a produtos e serviços, como ocorreu com o setor de telefonia, é também verdade que uma opção por uma intervenção estatal mínima conduziu à cobrança de preços elevadíssimos para esses mesmos produtos e serviços. No campo institucional, por sua vez, a regulação econômica, representada pela atuação de agências reguladoras, e que integra a ação do Estado em um mercado livre, ainda é falha em seu propósito de “monitorar” adequadamente este mercado livre. As dezenas de agências reguladoras federais criadas no Brasil desde o início da década de 1990 são constantemente vítimas de graves (e pertinentes) críticas por sua atuação deficitária.²

É nesse contexto que se deve compreender o desenvolvimento recente da atuação dos bancos e demais integrantes do Sistema Financeiro Nacional no país.

Em um cenário de privatização, estabilidade da moeda, opção por um Estado minimamente interventor na economia, o papel a ser desempenhado pelos bancos é fundamental para “alimentar” a própria dinâmica da economia de mercado. Por sua vez, o Brasil, assim como países europeus e outros, viu-se

2 Roberto Pfeiffer, então dirigente do PROCON-SP, a maior entidade de proteção do consumidor no Brasil em nível administrativo, em entrevista concedida ao site Conjur, em 26.12.2010, após afirmar que os setores regulados são os mais problemáticos em termos de proteção do consumidor no Brasil, diz: “Áreas em que há uma agência reguladora ou um órgão regulador, como telefonia e financeiro, são os que representam o maior número de reclamações. Não pode ser uma mera coincidência.” <http://www.conjur.com.br>

confrontando com a denominada “open credit society”, cujas origens apontam para os Estados Unidos da América, e que têm no crédito ao consumo o seu ponto de destaque. As palavras de ordem passam a ser: consumo, sociedade de consumo, lei da oferta e da procura, concorrência entre empresas, concentração de empresas, e, por detrás de todas elas, destaca-se o crédito como condição *sine qua non*.

Os bancos ocupam, assim, posição estratégica no atual estágio de desenvolvimento da economia brasileira, e sua força, que não se pode subestimar ou desdenhar, pode ser utilizada para o bem ou para o mal, no objetivo final de desenvolvimento do país.

2. A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E LEGAL DO SETOR BANCÁRIO E FINANCEIRO EM VIGOR NO BRASIL: UMA HISTÓRIA DE RESISTÊNCIAS E DESAFIOS.

As mudanças relatadas, e ocorridas na história recente da economia nacional brasileira, somente se legitimaram porque encontraram, na Constituição de 1988, fundamento para sua realização.

É bem verdade que, embora a Constituição da República de 1988 consagrasse, desde o seu texto original, a opção pela economia de mercado, foram as inúmeras Emendas Constitucionais que se sucederam que reafirmaram esse propósito e reforçaram essa opção.³

3 Segundo a opinião do Ministro Carlos Velloso, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal: “O Brasil avançou, consideravelmente, no rumo da economia de mercado e soube compreender o fenômeno da globalização. A Constituição de 1988 nasceu, sob tais aspectos, antiquada. Todavia, emendas constitucionais a modernizaram, tornando competitiva a economia brasileira, inclusive no campo internacional”. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da intervenção do Estado na Ordem Econômica: o monopólio e temas conexos. In MACIEL, Adhemar Ferreira e outros. Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 245.

Assim é que, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 6, de 1995, excluiu dos princípios informadores da Ordem Econômica o *“tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”*, substituindo-o por um *“tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”*

Especificamente sobre o Sistema Financeiro Nacional, a Emenda Constitucional n. 40, de 2003, dentre diversas outras alterações, revogou, do texto constitucional, a inadequada determinação de que as taxas de juros reais não pudessem ser superiores a doze por cento ao ano. É de se compreender os motivos pelos quais uma tal determinação foi incorporada ao texto constitucional, e que se relacionam com o período de tentativa de composição e inclusão porque passou a Assembléia Constituinte de 1987, após anos de regime ditatorial e autoritarismo no país. Entretanto, é de se reconhecer não ser este o papel de um texto fundamental, que, ao estabelecer, peremptoriamente, um tal limite, corre o risco de, não por sua causa, ver-se descredibilizado.⁴

Como atividade econômica que é, o setor bancário se sujeita, conforme a Constituição de 1988, à disciplina instituída para a Ordem Econômica e Financeira, presente nos artigos 170 a 192. Encontra-se, assim, submetido às determinações de que suas atividades:

4 É de se esclarecer que a opção pelo sistema capitalista, pela economia de mercado, na Constituição de 1988 não representou, em absoluto, uma opção por um liberalismo radical ou desumanizado. É de se destacar, no corpo do art. 170 da Constituição, que apresenta os princípios informadores da Ordem Econômica nacional, uma convivência harmoniosa entre princípios liberais (propriedade privada, livre concorrência) e princípios sociais (função social da propriedade, defesa do consumidor). Nas palavras de José Afonso da Silva, “...embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 788. Washington Peluso Albino de Souza identifica o caráter “simbiótico, composto ou plural” da Constituição, resultante da conjugação de princípios ou valores de diferentes origens ideológicas. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 460.

- tenham por finalidade a dignidade da pessoa humana (art. 170, *caput*);

- norteiem-se pelos princípios da função social da propriedade, da proteção do consumidor, da defesa da concorrência, entre outros (art. 170, incisos);

- estejam sujeitos a atividades de fiscalização, incentivo e planejamento por parte do Estado (art. 174);

- em seu aspecto organizacional, sejam estruturados de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, sendo o setor regulado, organizacionalmente, por leis complementares, que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram (art. 192).

No campo regulatório, é pacífico na jurisprudência nacional que a Constituição de 1988 recepcionou a Lei 4.595, de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, e cria o Conselho Monetário Nacional, bem como o Banco Central (BACEN). Este último, autarquia com funções, entre outras, de fiscalização e aplicação de penalidades às instituições financeiras, desempenha o papel de agente regulador do setor, em questões que lhe sejam específicas.

Parece claro, assim, que as atividades desempenhadas pelos bancos e outras entidades do setor financeiro encontram-se submetidas às disciplinas legais de defesa do consumidor, de proteção da concorrência, regulatórias, entre outras, às quais se submetem todos os demais agentes econômicos. Não tem sido esse, todavia, historicamente, o entendimento das empresas integrantes do setor, e que, desde a disciplina constitucional de 1988, resistem a seus comandos ou a comandos legais e administrativos decorrentes da disciplina constitucional.

2.1 REGULAÇÃO DO SETOR BANCÁRIO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

José Geraldo de Brito Filomeno, um dos mais atuantes participantes do movimento de consolidação da proteção e defesa do consumidor no Brasil, em estudo sobre o tema, vale-se da obra de Albert O. Hirschman para compreender a postura reacionária de determinados setores sociais diante da declaração dos direitos humanos e fundamentais. Seriam, nesse sentido, três as teses utilizadas por anti-reformistas: a da perversidade, a da futilidade e a da ameaça.

Assim, nos termos da primeira tese (perversidade), qualquer ação proposital para melhorar um aspecto econômico, social ou político apenas serviria para exacerbar a situação que se deseja remediar. Para a segunda tese (futilidade), as tentativas de transformação social são infrutíferas e não conseguirão deixar uma marca. Já a terceira (ameaça), entende que o custo da reforma ou mudança proposta seria alto demais, por colocar em risco outra preciosa realização anterior.⁵

Inevitável, para aqueles que acompanham a atuação das instituições financeiras na nova economia brasileira, não se estabelecer um paralelo entre a terceira tese mencionada (ameaça) e o argumento, inúmeras vezes utilizado pelos bancos, sempre que diante de uma tentativa de regulamentação, fiscalização ou penalização de suas ações ou atividades por entidade estatal, de “risco sistêmico” para o setor.

Essa postura, identificável nos integrantes do sistema financeiro, em especial nos bancos, de pretender um tratamento estatal e jurídico único e especial, não parece ser uma especificidade brasileira. Em outras jurisdições, historicamente e ainda nos dias atuais, busca-se ou se obteve essa condição.

5 FILOMENO, José Geraldo de Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 61.

Ricardo Lorenzetti, acadêmico respeitado e Presidente da Corte Suprema de Justiça Argentina, menciona a regulação protetiva recebida pelos bancos naquele país por vários séculos, mas que se encontra em processo de mudança. Na nova concepção, as diversas externalidades negativas decorrentes da atividade empresarial, e que antes estavam incluídas nos custos sociais, passam a ser imputados às empresas.⁶

Além da nova postura estatal, refletida e consagrada nos textos constitucionais e legais, o próprio desenvolvimento dos fatos da vida ocasionaram uma revisão da atuação dos bancos e demais empresas financeiras e de seu papel como indutor ou contribuidor para o desenvolvimento. Entre inúmeras outras causas, destacam-se: 1) a “comoditização” do dinheiro, que passa a ser um produto em si, e não apenas um meio ou instrumento para a troca de bens e serviços, e que passa a ter, por isso mesmo, o seu próprio preço; 2) a internacionalização dos mercados financeiros, resultado direto da globalização econômica; 3) o desenvolvimento tecnológico, que pode ser instrumento para a circulação mais rápida, eficiente e segura de dinheiro ou crédito.⁷

Assim, evidencia-se a necessidade de consolidação de valores e de mudança de encaminhamentos, no que concerne à atuação do setor bancário e financeiro no Brasil. No cenário atual de desenvolvimento nacional brasileiro, os bancos emergem-se como potenciais protagonistas do progresso. Suas atividades, se bem conduzidas, por si mesmos e/ou pelo Estado, são capazes

6 LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s. d., pp. 341-342. O professor inglês Mitchell afirma a esse respeito: “Traditionally, banks especially have been held by law and practice to be ‘special’, in the sense that many of the normal rules of the market economy do not- and should not – apply to them”. MITCHELL, Jeremy. Financial Services and Consumer Protection. In MANIET, F. e outros (coord),. The scope and objectives of consumer law. Louvain-La-Neuve, 1994, p. 64.

7 Essas idéias são de Jeremy Mitchell. Cf. MITCHELL, Jeremy. Financial Services and Consumer Protection. In MANIET, F. e outros (coord),. The scope and objectives of consumer law. Louvain-La-Neuve, 1994, pp. 57-85.

de conduzir a um futuro melhor, mais rapidamente. Por outro lado, uma condução equivocada de suas atividades ou uma intervenção inadequada em suas atividades por parte do Estado são igualmente capazes de obstruir, retardar ou minimizar as chances de êxito.

2.2 AS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO BANCÁRIAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O Brasil, desde o ano de 1990, orgulha-se de contar, em seu ordenamento jurídico, com uma legislação completa e abrangente para a disciplina dos direitos dos consumidores.⁸

Elaborado a partir de um comando inserido no Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, e fundamentado no reconhecimento dos direitos do consumidor como direito fundamental (art. 5º) e princípio da Ordem Econômica nacional (art. 170), o chamado “Código de Defesa do Consumidor” (CDC) brasileiro, Lei n. 8.078/90, é um *código*, portanto, um *conjunto que se pretende completo e organizado de normas*, que tem no sujeito de direitos (o consumidor) a sua razão de existência e o seu destinatário.⁹

Construído em bases principiológicas, o CDC brasileiro aplica-se, indistintamente, a todas as relações de consumo, assim entendidas aquelas em que se encontram presentes um consumidor, um fornecedor de produtos ou serviços, e um

8 Embora elaborado a partir do exame de cerca de 20 leis de outros países sobre a temática do consumo, a lei brasileira é perfeitamente adequada à realidade nacional e tem servido de inspiração para a reforma de leis de outros Estados e mesmo para a elaboração de leis próprias, em Estados que não contavam ou não contam com normas nesse sentido.

9 Cláudia Lima Marques e outros apontam para o fato de que, ao contrário do sistema francês, em que o “foco” da lei é a relação de consumo (“Code de la consommation”), a lei brasileira destina-se à proteção adequada do sujeito, considerado por ela vulnerável: o consumidor. MARQUES, Cláudia Lima e outros. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 59.

produto ou serviço, nos termos da conceituação que a própria lei apresenta para cada um desses elementos.

Não sem razão, o legislador foi redundante ao prever, no art. 3º, parágrafo 2º, ao conceituar “serviço”: “*art. 3º - (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*” (sem grifos no original).¹⁰

A especificação de que as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária inseriam-se no conceito de serviço para efeito de aplicação da lei era, por todos os motivos, desnecessária. Como atividade econômica que é, a atividade desempenhada por bancos e outros agentes financeiros sujeitam-se, como já se afirmou, à disciplina constitucional presente no art. 170 da CR/88, e que elenca a proteção do consumidor como princípio a informar quaisquer atividades econômicas. Não foi à toa, no entanto, a decisão do legislador pela redundância e afirmação de obviedade. Mesmo com essa prudência, as resistências surgiram e se mostraram presentes por toda a fase inicial e intermediária de consolidação e eficácia do CDC.

A manifestação mais clara dessa resistência é verificável na Ação de Direta de Inconstitucionalidade 2.591, requerida pela Consif – Confederação Nacional do Sistema Financeiro – e que tinha como propósito obter a declaração de inconstitucionalidade do trecho do mencionado dispositivo legal que inseria os bancos e outras entidades entre os sujeitos da lei, submetidos às suas normas.

A situação restou resolvida, com a reafirmação de submissão dos bancos e outras entidades financeiras à sistemática do CDC, quando, após alguns anos de debate, a Corte

10 Afirma o professor argentino Ricardo Lorenzetti que a ausência dessa especificação na lei argentina 24.240 (Ley de defensa Del Consumidor) ensejou que algumas vozes se levantassem contra essa aplicabilidade. LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s. d., p. 342.

Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF), assim decidiu:

“ADI 2591 ED / DF - Relator(a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 14/12/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno . Publicação DJ 13-04-2007

Ementa

(...)

5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.”

A essa resistência “concentrada”, somaram-se inúmeras outras, “pulverizadas”, representadas por uma atitude de forte oposição a alguns direitos, em casos individuais ou de um grupo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, maior instância do Poder Judiciário responsável pela aplicação de leis infraconstitucionais, é rica, ainda hoje de exemplos nesse sentido. São inúmeras pretensões resistidas, sobre as quais o Judiciário precisou se manifestar.

A título de exemplo, apenas no ano de 2010, destacaram-se, nos julgados do STJ, decisões que: a) condenou um banco ao pagamento de danos morais em razão da inclusão indevida de nome de consumidor em cadastro restritivo de crédito (Resp 983.597); b) condenou administradora de cartão de crédito e a respectiva bandeira por compra não autorizada realizada em nome de consumidor (Resp 866.359); c) entendeu ser indevida e

abusiva a cobrança, pelos bancos, de tarifa pelo recebimento, em suas agências, de boletos bancários ou fichas de compensação, de tal forma que o consumidor, além de pagar a obrigação constante do título, mais encargos moratórios eventualmente existentes, é compelido a pagar, também, aquele valor adicional para que o título possa ser quitado na agência bancária (Resp 794.752).

Nem todas as decisões, no entanto, podem ser consideradas favoráveis aos interesses dos consumidores bancários. Embora seja ponto já pacificado jurisprudencialmente a sujeição das instituições financeiras à disciplina do CDC, o STJ, por vezes, entende ser descabida a pretensão do consumidor, face à instituição financeira. Destaca-se, a esse respeito, o entendimento já firmado pelo STJ, inclusive em recurso repetitivo, de que é vedado ao juízo revisar de ofício cláusulas estabelecidas em contrato bancário (Por todos: EResp 785.720).

2.2 AS RELAÇÕES JURÍDICAS CONCORRENCIAIS ENTRE BANCOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Da mesma forma como ocorre com a disciplina do consumo, as atividades econômicas, no Brasil, sujeitam-se à disciplina legal da concorrência entre as empresas, expressa na Lei n. 8.884, de 1994, que, por sua vez, encontra seu fundamento na Constituição (art. 170).

Nos termos da lei referida, o chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (SBDC) é formado por três entidades da administração pública, responsáveis pela aplicação da lei. Assim, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) é a entidade responsável pela instauração de processos administrativos, e, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), responde por sua instrução. A decisão administrativa em questões concorrenciais compete, por lei, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia cujas

decisões colegiadas representam a última palavra em nível administrativo, sujeitando-se, assim, tão-somente, à revisão judicial.

Em conformidade com a lei, as atribuições das entidades integrantes do SBDC voltam-se para três campos: a) a chamada “advocacy” da concorrência, ou, em outras palavras, a difusão, entre entes públicos, sociedade civil, e agentes públicos e privados de mercado, de uma *cultura concorrencial*; b) o controle de atos de concentração, assim a autorização ou não de realização de fusões, incorporações e outras formas de agrupamento societário em mercados sensíveis e; c) a repressão às condutas anticoncorrenciais praticadas no mercado, como exemplo, os cartéis, os contratos de exclusividade infundados ou as vendas casadas injustificáveis.

Não há, no texto da lei, referência expressa à sua incidência aos integrantes do mercado financeiro. Os destinatários de suas normas, entretanto, foram estabelecidos de forma suficientemente ampla, a afastar qualquer dúvida quanto à exclusão de qualquer setor da atividade econômica:

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

A redação ampla do dispositivo citado, como é de se sublinhar, igualmente não precisava existir, para que tal submissão ocorresse. É que a submissão de qualquer agente econômico às normas da lei de proteção da concorrência brasileira é decorrência lógica e necessária da afirmação do texto constitucional, que, como já apontado, elenca a defesa da concorrência como princípio informador da Ordem Econômica (art. 170) e estabelece o comando, sem estabelecer restrições ou exceções, para a repressão, pelo Estado, aos abusos de poder econômico (art. 173, parágrafo 4º).

Todos esses comandos normativos não foram suficientes, no entanto, para afastar a discussão em torno da aplicação, pelo CADE, das normas de defesa da concorrência ao setor financeiro. Após inúmeras discussões em casos pontuais, a questão foi submetida ao STJ, que, em decisão relativamente recente e por maioria, proferida pela Primeira Seção, decidiu que o Banco Central (BACEN) tem competência exclusiva para apreciar atos de concentração (aquisições, fusões, etc) envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (Resp 1.094.218, julgado em 25/08/2010).

Essa interpretação, ao excepcionar um setor econômico de uma disciplina ampla e geral, estabelece privilégio injustificável e corrobora uma linha de compreensão já considerada antiquada de “especialidade” do setor, a autorizar-lhe tratamento jurídico diferenciado, além de evidenciar um conflito entre agentes reguladores entre si (CADE/BACEN) e entre agente regulador e o Judiciário (CADE/STJ) na matéria.

3. PERSPECTIVAS PARA A DISCIPLINA JURÍDICA DO MERCADO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS E FINANCEIROS NO BRASIL.

Ao optar pela economia de mercado, a Constituição de 1988 estabeleceu as bases para uma economia livre, em que a autocorreção de falhas fosse a regra, e a intervenção estatal, a exceção. O caminho escolhido, portanto, superava as bases de um liberalismo pleno, para privilegiar os mecanismos de autorregulação do mercado, mas sem abrir mão de uma ação estatal, de monitoramento e ajuste, quando necessário.

Pode-se dizer, em linhas gerais, que os resultados têm sido, em sua maioria, e na maioria dos setores do mercado, positivos, como se afirmou logo na abertura do presente texto. Especificamente no setor financeiro, a opção (desejável e escolhida constitucionalmente) por uma economia livre, em que prevaleça

as regras do mercado livre, complementadas por uma intervenção mínima, realizada por meio de um agente regulador, tem aberto espaço a desafios constantes. É que o BACEN, autarquia que regula o setor, não raro, costuma ser acusado de incorporar o discurso dos agentes regulados, agindo, antes como uma entidade que representa os interesses deles, do que como um agente a serviço dos interesses da coletividade.

Nessa linha, alterações legais passam a significar um caminho necessário para a disciplina dos fatos. No que concerne, especificamente, à questão do crédito, questão intrínseca e essencialmente relacionada à atividade bancária, é de se destacar a recente autorização para revisão do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, e que passará a contar com uma disciplina legal do endividamento.

Para tanto, foi nomeada e instalada, em dezembro de 2010, uma comissão de juristas responsáveis por atualizar o CDC brasileiro. Essa comissão, que tem como presidente o Ministro do STJ Herman Benjamin, um dos co-autores do anteprojeto do Código, manifestou-se publicamente no sentido de que um dos principais eixos de trabalho da comissão consistirá na disciplina do superendividamento dos consumidores. Foi diagnosticado, portanto, como aspecto sensível da defesa do consumidor no Brasil nos dias atuais, a ausência de regras claras para a concessão e o acesso ao crédito.

Sabe-se que essa disciplina encontra amparo legal em realidades como a Europa e, mais especificamente, a Dinamarca, desde 1984, e a França, desde 1989. No Brasil, a falta de uma regulamentação nesse sentido, em um contexto de ingresso de aproximadamente 50 milhões de consumidores no mercado de crédito desde a década de 1990, impõe uma ação estatal mais firme.

É preciso recordar que, sendo o CDC uma lei de bases eminentemente principiológicas, não haveria, a princípio, a necessidade de sua atualização, mesmo diante de novos mercados

ou novas realidades de mercado, porque os princípios nela consagrados são hábeis a indicar o caminho interpretativo a ser seguido. Entretanto, dadas as dificuldades encontradas em se adotar parâmetros de livre mercado para a condução do setor financeiro nacional, a elaboração de uma norma mais direta e específica para suas atividades torna-se necessária.

Não se discute a importância do crédito, bem como a sua capacidade de gerar desenvolvimento econômico. Também não se pretende, com a disciplina brasileira do tema, proteger situações que não devam ser protegidas. A experiência em direito comparado aponta ser a proteção do superendividamento uma urgência global, desde que feitas as devidas diferenciações.

No Prefácio ao Manual sobre superendividamento, publicado pelo Ministério da Justiça brasileiro em dezembro de 2010, o professor francês Gilles Paisant recorda que este fenômeno (o superendividamento) não atinge somente consumidores. Ao contrário, o endividamento, por vezes gigantesco, de Estados e empresas, sempre foi reconhecido pelas autoridades nacionais, tendo, os legisladores se preocupado com essas situações, em razão dos impactos sociais que geravam. Somente agora, esses mesmos legisladores passaram a se preocupar, também, com os próprios consumidores que se encontram numa tal situação.¹¹

Igualmente se sabe que não é qualquer forma de endividamento que deve merecer a proteção estatal.¹² O próprio Manual define o superendividamento, para efeito de tutela estatal, como “*a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco,*

11 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

12 Para uma compreensão adequada das modalidades de endividamento e de classificação daquelas que merecem a tutela estatal, cf. MARQUES, Maria Manuel Leitão. (coord.) O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000.

*oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com a sua capacidade atual de rendas e patrimônio”.*¹³

É de se destacar, ainda, a afirmação de Gilles Paisant, no mencionado Prefácio ao Manual sobre superendividamento, de que a iniciativa estatal de disciplinar o crédito estaria longe de representar uma ação contrária aos interesses das empresas do setor. Em suas palavras, *“a experiência mostra em toda parte que uma regulamentação do crédito não constitui um obstáculo ao desenvolvimento das atividades bancárias e à sua prosperidade, mas também que ela produz um efeito benéfico neste sentido, notadamente, contribuindo de maneira significativa a reduzir o número dos incidentes de reembolso.”*¹⁴

No Brasil, essa disciplina ainda pode ser considerada muito incipiente. Embora já se possa verificar uma substancial contribuição acadêmica para a disciplina do superendividamento¹⁵, e se esteja em vias de uma regulamentação por lei, judicialmente, questões dessa temática são ainda tímidas e se apresentam de forma reflexa, em ações de cobrança, de alimentos, revisionais de aluguel, entre outras.

É esse, então, o cenário que se apresenta no médio prazo e que pretende conferir mais uma ação estatal no setor financeiro. Não é o cenário ideal, é de se reconhecer. Acredita-se ser o melhor caminho aquele que se pauta pela autorregulação, complementada por uma ação mínima realizada por um agente regulador com funções de mero monitoramento. Esse caminho, no entanto, não tem sido viável no que concerne ao desenvolvimento do mercado financeiro no Brasil, pelo menos nos últimos tempos.

13 Idem.

14 Id. Ibid.

15 Por todos, cf. MARTINS DA COSTA, Geraldo de Faria. Superendividamento. A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. São Paulo: RT, 2002 e CARPENA, Heloisa e CAVALLAZZI, Rosângela. Superendividamento, in MARQUES/CAVALLAZZI, Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, p. 55 e ss.

Ao futuro, restará o desafio do aprimoramento das entidades reguladoras brasileiras, em especial, aquela que atua sobre o setor financeiro nacional, para, enfim, realizar-se plenamente os comandos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

CARPENA, Heloisa e CAVALLAZZI, Rosângela. Superendividamento, in MARQUES/CAVALLAZZI, Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, p. 55 e seg.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s. d.

MARQUES, Claudia Lima e outros. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. (coord.) O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS DA COSTA, Geraldo de Faria. Superendividamento. A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. São Paulo: RT, 2002.

MITCHELL, Jeremy. Financial Services and Consumer Protection. In MANIET, F. e outros (coord),. The scope and objectives of consumer law. Louvain-La-Neuve, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Da intervenção do Estado na Ordem Econômica: o monopólio e temas conexos*. In MACIEL, Adhemar Ferreira e outros. *Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.