

## DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 2º, DO CDC

Anselmo Prieto Alvarez

### 1.DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DA PESSOA

O Estado Brasileiro é considerado pela nossa Carta Magna, como Democrático de Direito, conforme dispõe o *caput*, do art. 1º, da CF. Poderíamos, acrescentar ainda, após a leitura do art. 3º, da CF, que indica os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que ele também o é, Social, o que lhe traria o *status*, pelo menos do ponto de vista teórico, de Estado Social Democrático de Direito.

Assim nesta condição, verificamos que o Estado Brasileiro tem como fundamento a busca da dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF), o que explica a tutela constitucional da defesa do consumidor. De outra banda, temos também a erradicação da pobreza e desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da CF), como objetivo fundamental da República, o que no mesmo sentido fundamenta a defesa do consumidor hipossuficiente não somente tecnicamente, mas também financeiramente.

Iniciando desta forma, verificamos que tanto a defesa do consumidor, hipossuficiente tecnicamente, como economicamente, possuem base constitucional explícita, como norteadoras do Estado

Social Democrático de Direito e nesta condição passarão a ser analisadas nesta manifestação.

A defesa do consumidor possui atualmente dentro do nosso sistema jurídico pátrio, o *status* de direito e garantia fundamental da pessoa , conforme determina o art. 5º, inc. XXXII, da CF, que salienta:

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*XXXII- o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”*

Além disso, a Carta Magna Brasileira , coloca os direitos e garantias fundamentais da pessoa inseridos no rol do art. 5º, da CF, elevados ao patamar de cláusula pétrea constitucional, conforme determina o art. 60, §4º, inc.IV, da CF, ou seja insuscetível de ser objeto de emenda constitucional.

Daí observa-se a magnitude, com que a nossa CF de 1988, de forma pioneira e inovadora, em relação aos anteriores textos constitucionais, confere à defesa do consumidor, o estandarte de direito e garantia fundamental do povo brasileiro, contraposta a obrigação estatal de promovê-la, na forma da lei.

O pioneirismo e a inovação da atual CF em incluir a defesa do consumidor , como postulado de garantia pétrea constitucional, encontra em Luis Augusto Tavares Sampaio, algumas considerações:

*"O inciso XXXII alude que 'o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor'.*

*Esta matéria foi tratada em nenhum texto constitucional anterior ao presente, e este o fez de maneira bastante explícita.*

*Então, a esse respeito, a atual Carta decidiu nada menos que cinco postulados.*

*Assim é que, além do contido no inciso XXXII, do art. 5º, em comento, a Carta atual, no art. 24, nº VIII, estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; no art. 150, § 5º, estatui que 'a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços', o art. 170, nº V, reza assim: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor'. O art. 175 diz que 'incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. 'Parágrafo único - A lei disporá sobre: II -*

*os direitos dos usuários’, e, por último, o art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, enfaticamente, estabelece que ‘o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor’.*

(...)

*Tem-se assim, que o inciso XXXII e o art. 48 se completam, de vez que no primeiro se acha contido o preceito, e, no segundo, a instrumentalização de como se promoverá a defesa do consumidor.*

*No Brasil, jamais foi abordado este problema da forma como tem sido atacado ultimamente pela nossa sociedade”.<sup>1</sup>*

No mesmo sentido, temos as considerações de Alcino Pinto Falcão, que observa:

*"Trata-se de **ius novum** em relação às pretéritas declarações de direitos individuais.<sup>2</sup>*

É certo, que o nosso constituinte, quando da edição do texto constitucional, no esteio do que já ocorria há tempos no direito norte-americano, assim como no direito comunitário, atentou ao fenômeno econômico-social relacionado ao mercado de consumo, qual seja, que a dinâmica e a complexidade, que envolvem as relações jurídicas entabuladas entre fornecedores de produtos e serviços de uma banda, assim como consumidores de

---

<sup>1</sup> *Comentários à nova Constituição Brasileira*, vol.I, p. 108-109.

<sup>2</sup> *Comentários à Constituição*, vol. I, p. 248-249.

outra banda, não seriam mais suscetíveis de regulação por uma simples legislação privatista.

A dinâmica e complexidade das relações de consumo dentro da sociedade moderna é brilhantemente descrita pelo eminente jurista Celso Ribeiro Bastos, que nos ensina:

*"A civilização industrial trouxe consigo um problema grave que foi de proteger o consumidor.*

*Embora as medidas efetivas neste sentido só recentemente tenham sido tomadas, é forçoso reconhecer que muito mais resta ainda a ser feito.*

*A questão crucial é posta pelo fato de que a antiga relação entre adquirente e artesão foi substituída por uma cadeia de agentes que vai desde o produtor até o consumidor final do produto.*

*Mais grave ainda, a relação torna-se massificada, isto é: a produção e o consumo se dão em grandes escalas.*

*O consumidor individual que discutia com o artífice as características de produto personalizado, é substituído por um comprador de bens, os quais não lhe cabe conferir. A sua postura passiva é ainda reforçada por uma propaganda intensa que gera novos hábitos de consumo, no mais das vezes criados artificialmente".<sup>3</sup>*

É óbvio, que o Código Civil editado em 1917, no que concerne a supra-citada dinâmica e complexidade das relações de

consumo, não daria cabo a regulamentação infra-constitucional de ditas relações, ante aos seus pilares extremamente privatistas, embasado especialmente no que concerne às relações contratuais, na liberdade contratual e no princípio do *“pacta sunt servanda”*.

Agora a fim de que não houvesse dúvida alguma, no que tange a incompatibilidade entre o Código Civil e a vontade constitucional, o constituinte inseriu em suas disposições transitórias, como vimos acima, o dever aos legisladores infra-constitucionais de editarem o Código de Defesa do Consumidor, de acordo com a magnitude com que a CF lhe empreendeu.

Desta forma, aparece a preocupação constitucional com a defesa do consumidor, remetendo à legislação ordinária a pormenorização de sua promoção pelo Estado, conforme preceitua o art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual determinou a edição do Código de Defesa do Consumidor .

Não podemos olvidar, que este mandamento constitucional lastrea-se, como já vimos acima, em cláusula pétrea constitucional, que por sua vez, assim possui tal *“status”*, por ser sustentáculo do nosso Estado Social Democrático de Direito.

Quanto a especialidade técnica que deveria ser observada pelo legislador para elaboração do CDC o renomado doutrinador Prof. Celso Bastos, indica:

*“O dispositivo sob comento é de transcendental importância, não só por estabelecer um dever para o Estado, como também para autorizar o legislador a que venha estabelecer*

---

<sup>3</sup> Comentários à Constituição do Brasil, vol.II, p. 157.

*regras processuais desparificadas, assim como um direito material não necessariamente igualitário, mas que terá, no fundo dos interesses do consumidor".<sup>4</sup>*

Aparece então para efetivação da vontade constitucional, o CDC , com características diferenciadas de qualquer legislação, até então promulgada no sistema jurídico brasileiro nem totalmente privada, nem totalmente pública, como abaixo veremos, e o melhor, extremamente qualificada , a fim de regular a relação jurídica de consumo.

Nesta condição, a defesa do consumidor: a) como cláusula pétrea constitucional; b) sustentáculo do Estado Social Democrático de Direito ; c) e direito e garantia fundamental do povo brasileiro, contraposta a obrigação estatal de promovê-la, na forma imposta pelo CDC; deve ser observada por todos os poderes constituídos, ou seja pelo Executivo, quando da execução de seus atos; pelo Legislativo na produção de leis; e pelo Judiciário no exercício da jurisdição.

## **2. PRINCÍPIO NORTEADOR DA ORDEM ECONÔMICA**

Importante realçar, que a CF de 1988 não conformou-se em colocar a defesa do consumidor, somente , no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, o que por si só já seria suficiente para o fim que se destina, nos moldes retro mencionados.

---

<sup>4</sup> op. cit., p. 160.

Além disso, o nosso texto constitucional acabou por inserir a tutela jurídica do consumidor, como um dos princípios norteadores da ordem econômica, conforme observa-se da leitura do art. 170, inc. V, da Constituição Federal, que assim dispõe:

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

*(...)*

*V- defesa do consumidor.”*

Neste sentido, inicialmente podemos mencionar as considerações de Toshio Mukai, que observa:

*"A Constituição de 1988 veio contemplar, pela primeira vez em nossa história constitucional, os direitos do consumidor, fazendo-o em mais de um lugar.*

*Primeiramente, fê-lo no inciso XXXII do art. 5º como um dos direitos fundamentais: ‘O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’. Essa disposição já mostra que o constituinte quis que a matéria fosse de ordem concorrente, ao empregar a expressão genérica ‘Estado’; no art. 24, que trata da competência concorrente, elencou como uma das matérias desse tipo de competência a ‘responsabilidade por dano ao consumidor’, com que, evidentemente, não fica restrita ao aspecto apenas da responsabilidade a competência vertical ou concorrente, na matéria, dos Estados e Distrito Federal. Além disso, o Município*

*pode atuar e legislar sobre a matéria com base no inciso II do art. 30 da Constituição Federal (suplementar a legislação federal e estadual, no que couber).*

*Em seguida, inseriu a matéria ao nível de princípio da ordem Econômica (art. 170, V) no mesmo **status** constitucional do direito à propriedade privada, da livre concorrência, da busca do pleno emprego, da defesa do meio ambiente etc."*<sup>5</sup>.

Desta forma, a CF de 1988 entende , que a defesa do consumidor não se resume apenas na imputação da obrigação estatal de promovê-la, através de seus Poderes Constituídos, o que já é muito, mas indica também que qualquer operador da ordem econômica, seja pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, deve atentar no exercício de sua atividade dentro da economia brasileira, pela referida defesa do consumidor.

Nas mesmas condições temos, a observação de José Geraldo Brito Filomeno, que salienta :

*"Referida preocupação, como já mencionado em passo anterior, é também encontrada no texto do art. 170 que cuida da ‘ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa’, tendo ainda por fim ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’, e desde que observados determinados princípios fundamentais, encontrando-se dentre eles exatamente a defesa do consumidor (cf. inc. V do mencionado art. 170 da Constituição Federal)".*<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Comentários ao código de proteção do consumidor, p. 3-4.

<sup>6</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 22.

Verifica-se que a CF de 1988, muito embora abrace a opção por uma ordem econômica, fundada especialmente na livre iniciativa e concorrência, o que lhe confere marca capitalista, não deixa a gestão do modelo econômico direcionado aos interesses exclusivos de seus operadores.

Assim temos, que o Estado deverá intervir, quando há necessidade de fazê-lo, na tentativa de busca da denominada justiça social.

Daí, cabe realçar, que um dos instrumentos efetivos para o atingimento da justiça retro mencionada, é exatamente, a defesa do consumidor, que assim é explicitamente elencada pelo inciso V, do art. 170, da CF, que de forma alguma pode ser lido isoladamente, sem que haja a sua vinculação com o art. 5º, inc. XXXII, da CF, pois é exatamente este último dispositivo, que autoriza e obriga, que o Estado promova a defesa do consumidor.

No entanto, é importante, que se diga, que o que inicialmente seria regra, qual seja a da não intervenção estatal, no que concerne as relações de direito privado, especialmente as de natureza contratual, que tipicamente envolvem consumidor e agente da ordem econômica, não o é, quando trata-se de defesa do consumidor.

Assim tanto, pelo art. 5º, inc. XXXII, como pelo art. 170, inc. V, ambos da CF, o Estado está autorizado a intervir na ordem econômica, como forma de realização da justiça social, que é exatamente, o que ele fez em especial, com a edição do CDC.

Importante ressaltar, neste sentido, que o agente da ordem econômica brasileira, deve entender que no Brasil, tendo em vista os mandamentos constitucionais vigentes, não existe um capitalismo tradicional, embasado na livre iniciativa e concorrência ilimitadas, onde pode ele agir da maneira e da forma como bem quiser, sem levar em conta a defesa do consumidor, mas sim, pelo menos do ponto de vista teórico(art. 3º, da CF), uma social democracia.

Quanto as características predominantes da economia brasileira, cabe mencionar as palavras de Pinto Ferreira, que nos ensinam:

*“No mundo atual há dois sistemas básicos que orientam a organização da vida econômica. O sistema capitalista é o primeiro, fundamentado na propriedade privada de bens de produção, na livre concorrência, na iniciativa privada, funcionando de um modo geral nos Estados que não se orientam pelo tipo de economia coletivizada. O outro modelo é o sistema socialista, fundamentado na propriedade coletiva dos meios de produção, implantado na URSS e na China, e durante muito tempo no Leste europeu.*

*A ordem econômica estabelecida na Constituição Federal de 1988 obedece ao modelo capitalista, assegurando a propriedade privada, a livre concorrência, o livre exercício da atividade econômica como regra, consagrando por isso mesmo o regime da livre empresa presidida pelas leis do mercado, cada pessoa se dedicando por sua conta e risco à atividade empresarial.*

*O princípio genérico é da liberdade de iniciativa, superado em alguns pontos pela intervenção do Estado, conforme o art. 173 da lei magna, que permite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, tudo definido em lei.*

*O Estado aparece como agente normativo e também regulador da economia exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo o planejamento obrigatório para o Poder Público e mero indicativo para o setor privado.*

*A lei também estabelecerá as diretrizes e bases de planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, buscando também reduzir as desigualdades regionais.*

*(...)*

*Assim sendo não há um liberalismo exagerado na política econômica nacional, pois surge também o Estado moderador.”<sup>7</sup>*

O agente da ordem econômica, no Brasil, possui uma série de garantias constitucionais, em seu favor, notadamente a livre iniciativa e concorrência (art. 170, *caput* e inc. IV, da CF), que se contrapõe, no entanto ao dever de observância por àquele, da obrigação de zelar pela dignidade humana ( arts. 1º, inc. III e 170, ambos da CF), que redundam em vários dos princípios norteadores da ordem econômica, donde dentre eles, podemos destacar a defesa do consumidor.

Desta forma, o operador da ordem econômica deve ao intervir no mercado de consumo, de antemão, zelar pelo respeito ao consumidor, agindo com lealdade e boa-fé em relação a este, assegurando a dignidade da pessoa humana.

No que tange especificamente a defesa do consumidor, por ser ela garantia fundamental da pessoa, cujo dever assecuratório, encontra-se nas mãos do Estado, este no entanto não deixa a tutela do consumidor, ao bel prazer discricionário do agente da ordem econômica, mas sim intervém nesta relação ditando de maneira peremptória o piso mínimo, do que entende o Estado Brasileiro ser a real defesa do consumidor, contido exatamente nos termos do CDC.

### **3.FINALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO DE PROTEÇÃO ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Colocado este panorama inicial, a indagação que se apresenta, é exatamente , no sentido de se precisar: qual a medida e a tônica, que deve ser conferida à defesa do consumidor pelo Estado?

Qual o elemento, que o legislador constitucional vislumbrou nas relações de consumo, ante a sua dinâmica e complexidade , que envolvem a economia de mercado, que o levaram a garantir tutela estatal específica na Carta Magna, quanto à defesa do consumidor?

---

<sup>7</sup> *Curso de Direito Constitucional*. p. 577 e 578.

Respondendo a estas indagações, por certo, descobriremos, sob que olhos devemos tratar a defesa do consumidor, tanto a nível constitucional, como infra-constitucional, precisando exatamente qual a razão de sua existência, assim como a importância de dita existência na vida em sociedade.

O legislador constitucional, quando da edição de nossa Carta Magna, verifica que há tempos, em nível mundial, especialmente, após a década de 60 do século passado, passa a existir uma preocupação enorme, quanto a extremamente frágil, posição do consumidor dentro do mercado de consumo.

Assim, analisando o panorama mundial, verificamos nos EUA um cuidado extremo pela tutela do consumidor, tanto em nível individual, com um rigor enorme na repressão da violação de tais direitos por fornecedores, apenados com o dever de arcar com indenizações milionárias; tanto em nível coletivo, através das chamadas “*class action*”, visando atacar violações meta-individuais dos direitos dos consumidores.

A mesma preocupação exacerbada aparece na Comunidade Econômica Européia, que entende crucial, através da edição de inúmeras Diretivas, tratando por exemplo de temas como: cláusulas abusivas, publicidade, etc, que para a efetivação de uma economia justa, imprescindível seria, a edição pelos Estados membros, de normas que visassem a uniformização da tutela do consumidor.

No entanto, qual é esta fragilidade do consumidor observada no mercado de consumo, que autoriza o Estado a intervir nas relações de consumo?

É certo, que a relação de consumo , pelo menos no que tange ao consumidor e fornecedor padrão (arts. 2º, *caput* e 3º, do CDC), é tipicamente contratual, e nesta medida , em tese de direito privado.

Bem sabemos, que nas relações contratuais tradicionais de direito privado, regradas pelo Código Civil , prevalecem uma série de características, que levam a intervenção mínima do Estado no seu regramento.

Tal afirmação é feita, pois a relação contratual privada tradicional, é fundada na doutrina da autonomia da vontade, embasada no princípio do “*pacta sunt servanda*”, ou seja que o contrato faz lei entre as partes, com origem no Direito Romano, reavivado, com a revolução francesa fundada nos princípios do liberalismo exacerbado.

Desta visão de contrato, podemos afirmar que o pacto privado tradicional, possui as seguintes características individualizadoras, quais sejam:

- a) **Liberdade contratual**, ou seja as partes têm plena liberdade de contratar, abster-se de fazê-lo, escolher seus parceiros, fixar o conteúdo e limites de suas obrigações, contando para tanto com a proteção da Lei ;

**b) Força obrigatória dos contratos;** ou seja o contrato é lei entre as partes, não podendo a parte excusar o seu cumprimento, com exceção da nulidade ou anulabilidade do ato (arts. 145 e 147, do CC), teoria tradicional da imprevisão, ou ainda por caso fortuito e a força maior (art. 1058, do CC)

Assim, na maioria das vezes, em tese, a intervenção estatal legal no âmbito pactual, resume-se a regular a forma como deve ser praticado o ato de natureza contratual privada, ou ainda, a indicar de maneira superficial algumas características de direitos e obrigações, que devem constar do pacto, a fim de que seja rotulado, como esta ou aquela espécie de contrato.

Ocorre, que na relação típica de consumo, infelizmente não há como se dar guarida a teoria da autonomia da vontade, fundada na liberdade contratual e força obrigatória dos contratos.

É óbvio, que no mercado de consumo atual, com uma economia fundada na larga escala de comercialização de produtos e serviços, o consumidor , infelizmente, não têm liberdade contratual.

No mundo ocidental, a organização da vida em sociedade nos moldes atuais, não permite, que o consumidor tenha liberdade contratual, pois não fica a seu critério pactuar ou não pactuar, no que tange a aquisição de produtos e serviços no mercado de consumo.

Tal afirmação é feita, pois as pessoas, a fim de que possam viver em sociedade, necessariamente são obrigadas a

pactuar no mercado de consumo, desde que amanhece o dia até o cair da noite.

Desta forma, tanto pessoas físicas, como jurídicas, encontram-se incessantemente pactuando no mercado de consumo, especialmente no que tange as operações de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Ocorre que , neste pactuar constante, dificilmente o consumidor pode, efetivamente, fazer valer a sua vontade frente a verdadeira imposição de vontade por parte do fornecedor.

No Brasil, é importante ponderar inicialmente, quanto aos segmentos de mercado de consumo referentes aos serviços públicos, que foram objeto de recente privatização, onde em várias localidades, o consumidor sequer tem a possibilidade de escolher o fornecedor com quem vai pactuar, a minguada existência de concorrência frente ao monopólio

Além disso, existem outros setores como o de informática e telefonia celular, onde o mercado , através de seus fornecedores , propositadamente faz com que a tecnologia atual, em questão de meses torne-se obsoleta, obrigando o consumidor a regularmente adquirir seus novos produtos e serviços, descartando-se do produto ou serviço anterior, que passa a não ter qualquer valor de mercado.

Por outro enfoque, mas em sentido similar, no que tange aos contratos bancários, é inconcebível imaginar a possibilidade do consumidor vir a debater os termos de tal contrato, viabilizando sua modificação. Neste caso específico, o exercício da vontade do

consumidor fica adstrita, somente a escolha acerca de qual instituição financeira irá pactuar.

Em relação ao próprio vestuário, gênero de primeira necessidade, o mercado de consumo gira, de acordo com a vontade do fornecedor, que impõe aos consumidores, qual será a moda da estação, limitando-se o consumidor a adquirir aquelas peças de roupa dentro dos padrões de elegância, que ele próprio não teve qualquer influência em sua terminação. Isto ocorre, do modelo de gravata, camiseta, saia ou qualquer outra peça de vestuário, que se conceba.

Desta forma, verificamos que não há “liberdade contratual” no pacto de consumo, pois o consumidor não possui armas suficientemente contundentes para fazer valer sua vontade frente a vontade do fornecedor. Assim, seria totalmente injusto, operar, no que tange as relações de consumo a consequência da *“força obrigatória dos contratos”*

No mesmo sentido, admitir a aplicação do princípio do *“pacta sunt servanda”*, ou seja que o contrato faz lei entre as partes, quanto a vinculação absoluta do consumidor ao termo contratual padrão, quanto a um pacto referente a plano de saúde ou transação bancária, os quais se utilizam de uma infinidade de termos totalmente desconhecidos pelo consumidor, como por exemplo; no primeiro caso: oncologia, obstetrícia, labaroscopia, disritmia, etc; e no segundo caso: comissão de permanência; alienação fiduciária; leasing; Tabela Price; sem falar nas fórmulas de composição de juros reais e moratórios; acerca dos quais o

aderente comum, homem médio, na maioria das vezes não tem a menor idéia de qual é o seu significado.

Traçado este panorama, seria impossível imaginar, que as relações de consumo pudessem ser regidas por aqueles princípios e características acima vistos, que norteiam tradicionalmente as relações jurídicas, notadamente as contratuais, pela seara civilista.

Neste sentido, constatou o legislador constitucional, dentro da sociedade brasileira, a total fragilidade do consumidor frente ao fornecedor, e assim a necessidade de intervir na relação jurídica de consumo, mesmo sendo ela num primeiro momento tipicamente de direito privado, pois se assim não o fizesse estaria por deixar o consumidor ao bel prazer da predominância de interesses dos fornecedores.

Desta maneira, quando a Constituição Federal abraça a defesa do consumidor, tanto pelo art. 5º , inc. XXXII, como pelo art. 170, inc. V, ambos da CF , elevando-a a condição de dever do Estado e obrigação do interveniente da ordem econômica; e de outra banda alçando-a ao *status* de: sustentáculo do Estado Social Democrático de Direito, assim como direito fundamental da pessoa, o faz no sentido de que o consumidor, como parte mais fraca na relação jurídica de consumo deve ter garantido não somente pelo ordenamento jurídico constitucional, mas também infra-constitucional, a viabilidade de fazer valer sua vontade frente a vontade preponderante do fornecedor no mercado de consumo.

Assim , levando em conta, que o consumidor é a parte mais fraca na relação jurídica de consumo, quando a CF no seu art.

48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”, pretendia que tal legislação viesse exatamente para regulamentar em nível infra-constitucional a relação de consumo de modo a equilibrá-la do ponto de vista da emissão da vontade de seus intervenientes.

Desta forma, com as considerações acima indicadas o CDC foi editado e traz exatamente mecanismos concretos de controle legal da relação de consumo, de modo a fazer, com que nesta relação em debate, haja equilíbrio de vontade das partes, o que de fato como vimos acima, não haveria, se deixada a relação contratual em debate fundada na liberdade de pacto e força obrigatória vinculante.

Tal finalidade precípua do CDC é encontrada nos dizeres e considerações de Alcino Pinto Falcão, que observa:

*" Do mais importante e de atualidade evidente. O consumidor - vale dizer, a sociedade - está ao desamparo. O consumidor individual não tem meios de defesa, pelos custos e dificuldades, para fazer valer seus direitos à própria subsistência, a serviços essenciais, frente às exigências da vida moderna (como gás, água, luz, transportes, etc.)."*<sup>8</sup>

Continuando, é importante frisar, que esta busca pelo equilíbrio das partes na relação de consumo, viabilizando-se a externalização concreta da vontade por parte do consumidor frente o

---

<sup>8</sup> Comentários à Constituição, vol. I, p. 248-249.

fornecedor, não pode ser encarada tão somente no âmbito do direito material, mas sim em todas as repercussões jurídicas desta relação em debate, especialmente em seu enfoque processual civil, proporcionando ao consumidor-litigante o efetivo equilíbrio frente a atividade jurisdicional.

O desequilíbrio processual entre as partes da relação de consumo frente ao Poder Judiciário, dá-se, especialmente por dois motivos : hipossuficiência financeira e técnica.

A hipossuficiência financeira, ocorre , quando o consumidor pobre não têm condições de arcar com a contratação de advogado e arcar com os custos da demanda.

A hipossuficiência técnica, dá-se tanto no que concerne a dificuldade de manipular informações vitais para o deslinde da lide, quanto ao produto ou serviço adquirido no mercado de consumo, de detenção privativa do fornecedor; quanto a condição do patrocínio postulatório profissionalizado mantido pelos fornecedores, especialmente os que atuam em atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, acostumados e familiarizados com as repetitivas teses por eles sustentadas, na grande maioria das vezes em uma infinidade de feitos judiciais, nos quais envolve-se a empresa.

Daí, o que verifica-se é que o CDC traz uma série de garantias processuais ao consumidor, reconhecidamente hipossuficiente nas relações de consumo (art. 4º, inc.I, do CDC), tais como: a) assistência jurídica gratuita (art. 6º, inc. VII, parte final, do CDC); b) a facilitação de sua defesa em Juízo (art. 6º,

inc.VIII, do CDC); c) inversão do ônus da prova (art. 6º, inc.VIII, do CDC); d) foro privilegiado nas ações de responsabilidade civil (art. 101, inc. I, do CDC); dentre outras.

O ilustre mestre Celso Bastos, nesta linha de raciocínio, assevera:

*"Nestas situações as forças das partes são completamente desequilibradas. De um lado há um produtor, produzindo em massa, manipulando um poder econômico respeitável e munido de amplos departamentos jurídicos. De outro lado há o consumidor final do produtor que, se tomado isoladamente, na grande das vezes, é economicamente impotente para levar a cabo uma demanda com empresas que o suplantam em muito."*<sup>9</sup>

Cabe salientar, ainda por fim, que ante ao exposto podemos concluir, também, que a defesa do consumidor, como garantia constitucional, por ser sustentáculo do Estado Social Democrático de Direito, é, também, via de concretização da igualdade real entre as pessoas, como indica o Prof. Nelson Nery Junior, que menciona:

*"O art. 4º, n. I, do CDC reconhece o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Portanto, para que se tenha a isonomia real entre o consumidor e o fornecedor, é preciso que sejam adotados mecanismos como o da inversão do ônus da prova, estatuído no art. 6º, n. VIII, do CDC como direito básico do consumidor. Este artigo não é inconstitucional, na*

---

<sup>9</sup> op. cit., p. 158-159.

*medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei."*<sup>10</sup>

#### **4. DA SUBMISSÃO DA ORDEM FINANCEIRA AO DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

O sistema financeiro pátrio vem tratado topicamente na Constituição Federal, em seu art. 192, o qual por sua vez encontra-se dentro do Capítulo IV, assim intitulado como “DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL”, e este vem inserido no Título VII, da nossa Carta Magna, que recebe a seguinte denominação: “DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA”.

No que tange ao objeto de nosso estudo, a questão que se coloca, é se seria correto afirmar, que o sistema financeiro nacional e seu regramento infra-constitucional, encontram-se atrelados ou não aos princípios da ordem econômica, assim como aos termos do art. 5º, da CF, além dos ditames contidos nos arts. 1º ao 4º, da nossa Carta Magna, os quais delineam como vimos acima, as diretrizes do Estado Social Democrático de Direito

Antes de mais nada, é importante afirmar, que indubitavelmente, como veremos abaixo, a resposta não pode ser outra do que a afirmativa.

O ilustre Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira, conceitua a atividade financeira, nos seguintes termos:

---

<sup>10</sup> *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p.40.

*"Inicialmente, cabe assentar que atividade financeira é aquela mediante a qual uma pessoa física ou jurídica disponibiliza dinheiro a outra, direta ou indiretamente. Diretamente, quando o numerário é entregue ao próprio financiado. Indiretamente, quando o numerário é entregue a terceiro, em benefício do financiado, geralmente sob a forma de adiantamento.*

*A destinação do financiamento pode ser específica - custeio para aquisição ou empreendimento -, ou genérica - capital de giro, despesas pessoais ou gerais, abatimento de dívidas preexistentes, etc. E, sob o aspecto da atividade negocial - que aqui se pretende caracterizar -, a concessão da pecúnia deve estar acompanhada da obrigatoriedade de restituição.*

*Sob tais embasamentos, a atividade comercial tida como própria ou exclusiva de Instituição Financeira não deixa de ser, primariamente, uma atividade comercial de realização contínua de contratos de mútuo. O que vai diferir a atividade de financiamento própria ou exclusiva de Instituição Financeira da atividade de realizar simples contratos de empréstimo previstos na lei civil, é, acreditamos, a verificação concomitante de dois requisitos básicos, peculiares e exclusivos do primeiro mister, em substituição a todos os requisitos atualmente vigentes: a) obtenção de lucro strictu sensu na atividade de emprestar, frente ao financiado ou a terceiro; e b) reinserção do resultado dos financiamentos no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida."*<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> As Instituições Financeiras no Direito Pátrio: Definição e Caracterização de Atividade Própria ou Exclusiva, edição em CDRom.

Verificamos assim, que no direito pátrio a atividade financeira, nada mais é do que uma atividade comercial, como uma infinidade de outras existentes na economia, portanto é de concluir que o sistema financeiro, encontra-se inserida na ordem econômica e como tal submete-se aos seus ditames, e em especial a seus princípios gerais, dentre eles devemos destacar a defesa do consumidor (art. 170, inc. V, da CF) .

Portanto, não há que se falar na inconstitucionalidade pretendida, pois o sistema financeiro nacional, atualmente regrado pelas Leis nº 4.595/64 e nº 7.492/86 e a ser futuramente regrado por lei complementar a ser editada pelo Congresso Nacional, não se encontra isolado no mundo jurídico, nem constitucional ou infra-constitucional.

Na verdade , tanto a atual legislação relativa ao sistema financeiro como a futura devem atuar , somente , em termos de regulamentar o bem jurídico, cuja competência constitucional lhe é atribuída, ou seja no caso específico as relações entre os intervenientes do sistema financeiro e o Estado Executivo.

Agora, a legislação seja ordinária ou complementar, que regulamenta ou que venha a regulamentar o sistema financeiro nacional, de forma alguma, poderá atentar contra a defesa do consumidor, a qual além de princípio norteador da ordem econômica, onde encontra-se inserido o sistema financeiro nacional, é também cláusula pétrea constitucional, regrada infra-constitucionalmente pelo CDC.

Por outro lado, se a legislação seja ordinária ou complementar, que regulamenta ou que venha a regulamentar o sistema financeiro nacional, de alguma forma atentar contra a defesa do consumidor, aí sim será ela inconstitucional, por invadir esfera de competência do CDC, atribuída pelo art. 5º, inc. XXXII, da CF e art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Quem analisa a questão em apreço, tecendo observações específicas acerca da causa de pedir da demanda em análise, é o Professor Newton de Lucca, que é Mestre, Doutor Livre-Docente e Adjunto em Direito pela Faculdade de Direito da USP, além de Desembargador Federal do TRF da 3ª Região, o qual salienta:

*“Poder-se-ia observar, a título liminar, que se vê demais quando se afirma que a atividade disciplinada por uma lei complementar não pode ser afetada por uma lei ordinária. A lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária - ninguém, por certo, o discutirá -, mas isso não significa que não possam ambas conviver no contexto geral da ordenação jurídica.*

*Diz-nos a respeito o Professor ROQUE ANTONIO CARRAZZA: (21)*

*‘Como, em termos estritamente jurídicos, só podemos falar em hierarquia de normas quando umas extraem de outras a validade e a legitimidade (Roberto J. Vernengo), torna-se onipotente que as leis*

*nacionais (do Estado brasileiro), as lei federais (da União) e as leis estaduais (dos estados-membros) ocupam o mesmo nível, vale consignar, umas não preferem às outras. Realmente, todas encontram seu fundamento de validade na própria Carta Magna, apresentando campos de atuação exclusivos e muito bem discriminados. Por se acharem igualmente subordinadas à Constituição, as várias ordens jurídicas são isônomas, ao contrário do que proclamem os adeptos das 'doutrinas tradicionais'.*

*Observamos que as leis nacionais - que encerram normas de caráter geral, obrigando súditos da Federação e as próprias pessoas políticas - tanto podem ser veiculadas por meio de leis ordinárias (como se observa no inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, que remete à União competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos) ou de atos normativos de igual tope jurídico (verbi gratia, uma Resolução do Senado fixando alíquotas máximas do ICMS, nas operações internas, ou um decreto legislativo, referendando um tratado internacional), quanto por via de leis complementares (exempli gratia, a prevista no artigo 146 da Carta Magna)'.*

*Diz-nos, igualmente, Reinaldo Pizolio Júnior: (22)*

*'O importante a ser considerado para a convivência harmônica e pacífica de ambos não é a subordinação da lei ordinária para com a complementar e sim o respeito que reciprocamente deve haver entre as mesmas no que concerne à esfera privativa própria de atuação de cada uma.*

*Com efeito, se ambas as espécies legislativas têm campo próprio de atuação (como de fato o têm) e se tanto a lei complementar quanto a lei ordinária respeitam mutuamente os limites de cada um destes campos (de tal forma que não vá dispor sobre matéria que compete à outra, não havendo, portanto, invasão), é forçoso reconhecer que pouco importa que haja relação de subordinação entre elas e que tais campos encontrem-se em mesmo nível hierárquico’.*

*E complementa o autor linhas adiante: (23)*

*‘Importa que o legislador ordinário saiba que não poderá tratar normativamente de determinado tema de modo diverso pois estará ingressando em campo de atuação que é reservado privativamente ao legislador complementar e, sendo assim, ao dispor sobre matéria inserida neste campo, não poderá fazê-lo contrariando a dita lei complementar, não porque esta lhe é superior, mas sim porque detém a exclusividade para dizer normativamente neste campo de atuação.*

*Assim sendo, e para finalizar, acreditamos que a lei ordinária que venha a tratar de maneira diversa, de matéria afeta à lei complementar, vale dizer, de matéria cujo tratamento foi reservado à norma complementar por força de dispositivo constitucional não estará eivada de ilegalidade por ter, em tese, desobedecido outra lei que lhe é hierarquicamente superior. Ao revés, padecerá de vício de inconstitucionalidade, por invasão de competência, na medida em que pretendeu regular de modo diverso matéria cujo tratamento somente é admitido pela espécie legislativa lei complementar, nos termos previstos pela Constituição Federal.’*

*Também o Professor JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES - que escreveu todo um volume sobre essa questão (ainda que aplicada ao direito tributário) - foi incisivo ao afirmar que não existe esta superioridade formal entre leis complementares e leis ordinárias, posto que cada uma atua em campos jurídicos distintos, não existindo interpenetração de competências legislativas: (24)*

*‘Não se nega a procedência da afirmação de que a lei ordinária não pode revogar a lei complementar. Todavia, partindo dessa afirmação não é possível a conclusão pela superioridade formal da lei complementar porque a recíproca é verdadeira: a lei complementar não pode revogar a lei ordinária.*

*E não pode em virtude basicamente de dois argumentos: 1º) os campos da lei complementar e da lei ordinária em princípio não se interpenetram, numa decorrência da técnica constitucional de distribuição *ratione materiae* de competências legislativas; 2º) a superveniência da lei complementar somente suspende ou paralisa a eficácia da lei ordinária, em casos excepcionais...’.*

*Assim, vêm demais aqueles que, por defenderem a hierarquia superior da lei complementar sobre a lei ordinária, inferem que sua coexistência seja impossível, implicando a sobrevivência da primeira em detrimento da segunda.*

*Vê-se de menos, por outro lado, quando não se percebe que essa argumentação tenta provar muito mais do que, na verdade, pretende.*

*Nunca ninguém questionou, por exemplo, a plena aplicabilidade da Lei 6.404, de 15.12.76, às instituições financeiras. Sendo estas, por força de lei, constituídas obrigatoriamente sob a forma de sociedades por ações, sempre se entendeu e se entende que os bancos estão sujeitos a ela...*

*Se os bancos abrem seu capital, por exemplo, não de sujeitar-se às normas existentes sobre as sociedades abertas, sejam elas provenientes da retro-referida Lei 6.404 ou da Lei 6.385, ou, ainda, da Comissão de Valores Mobiliários.*

*Os bancos sujeitam-se, igualmente, às normas tributárias não necessária e exclusivamente previstas no Código Tributário Nacional - que, como se sabe, foi recepcionado como lei complementar - mas também àquelas que se originam de leis ordinárias como, por exemplo, as que regulam a matéria do imposto sobre a renda.*

*É claro que os exemplos poderiam ser multiplicados, mas sua continuação já seria, positivamente, uma verdadeira afronta à inteligência da seleta platéia que superlota este auditório.*

*Prefiro encerrar dizendo, pura e simplesmente, que há sempre, em nossas vidas, o visível - que, às vezes, não se quer ver - e o invisível - que só se vê porque se deseja fazê-lo -, sendo tudo, na ordem das coisas, uma questão de saper vedere, como diria LEONARDO...*

*Agradeço a todos pela paciência com que me ouviram.”<sup>12</sup>*

---

<sup>12</sup> A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Atividade Bancária , p. 78.

As considerações acima, foram extraídas de texto básico da palestra proferida pelo Prof. Newton de Lucca, em Salvador, em 30.07.98, no painel sobre o Código de Defesa do Consumidor, realizado em conjunto com o Ministro Rui Rosado de Aguiar, por ocasião da Semana de Altos Estudos promovida pela Escola Nacional da Magistratura e pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

É importante lembrar, ainda, que hodiernamente, a minguada de vontade política para edição da lei complementar, de que trata o art. 192, “*caput*”, da CF, que regularia o sistema financeiro nacional, tal sistema é regrado por uma série de leis ordinárias e em especial:

- a) Lei nº 7.492/86 e Lei nº 9.080/95, que cuidam dos crimes contra o sistema financeiro nacional
- b) Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, além de tipificar crimes de lavagem de dinheiro, contém normas destinadas a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela previstos, bem como cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF.
- c) Lei nº 4.595/64 e Lei nº 7.492/86, que regulamentam o sistema financeiro propriamente dito.
- d) Leis nº 8.880/94, que dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica, e Lei nº 9.069/95, que dispõe sobre o Plano Real (arts. 6º, 8º, 9º, 10 e 11), decretadas pelo Congresso Nacional e especificando a competência do CMN e do BACEN.

Verificamos assim, sem adentrar no mérito da suposta eficácia de lei complementar, que teriam especificamente as Lei nº 4.595/64 e Lei nº 7.492/86, que regulamentam o sistema financeiro propriamente dito, que existe uma série de leis ordinárias, que dentro do âmbito específico do seu bem jurídico tutelado, tratam de matérias diretamente relacionadas ao sistema financeiro nacional, e nem por isso deixam de ser aplicadas ao mesmo ou seu vigor é contestado por inconstitucionalidade.

## **5. DA NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES : BANCÁRIA E SECURITÁRIA**

É importante lembrar, que ainda que seja possível afirmar, por mero amor ao debate, que o sistema financeiro é intangível, devendo ser exclusivamente regido por Lei Complementar, existem algumas considerações a serem feitas, acerca do debate em apreço.

A conceituação de atividade financeira exposta anteriormente, permite-nos afirmar, que a atividade bancária não possui natureza exclusivamente financeira, muito embora sejam os Bancos enquadrados como instituições financeiras; e b) a atividade securitária não possui natureza financeira.

A CF considera, tanto os Bancos, como as Seguradoras, como empresas, submetidas ao sistema financeiro nacional (art. 192, I e II, da CF).

Outrossim , como ensina o ínclito mestre Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira , podem ser consideradas como instituições financeiras as seguintes empresas:

*"Pode-se concluir que, atualmente, as Instituições Financeiras - portanto integrantes do Sistema Financeiro Nacional - no Direito Pátrio, são, exclusivamente:*

*a) em virtude da previsão da Lei nº 4.595/64 (art. 17 c/c art. 18, § 1º):*

- os Estabelecimentos Bancários Oficiais e Privados (latu sensu: Bancos Comerciais, Bancos de Investimento, Bancos de Desenvolvimento e Bancos Múltiplos com Carteira Comercial);*
- as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento ('Financeiras');*
- as Caixas Econômicas;*
- as Cooperativas de Crédito e Cooperativas que possuem Seção de Crédito.*

*b) em virtude da previsão das Leis nºs 4.380/64 (art. 8º), 9.514/97 (art. 1º), e da Resolução nº 1.980/93 (arts. 1º e 2º), do Conselho Monetário Nacional (CMN):*

- os Bancos Múltiplos com Carteira de Crédito Imobiliário;*
- as Sociedades de Crédito Imobiliário;*
- as Associações de Poupança e Empréstimo;*
- as Companhias de Habitação;*
- as Fundações Habitacionais;*
- os Institutos de Previdência, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário;*
- as Companhias Hipotecárias;*
- os Clubes Militares com Carteira Hipotecária;*

- os Montepios Estaduais e Municipais, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário;
- as Entidades e Fundações de Previdência Privada, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário."<sup>13</sup>

Por fim, o respeitável Professor Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira, tenta construir uma definição, que pode nos ajudar do ponto de vista teórico, acerca de instituição financeira:

*"Instituição Financeira', em definição, é uma organização estruturada e coordenada, prevista em lei ou regulamento legalmente autorizado, com objetivo e finalidade de, mediante atividade peculiar de gerenciamento de recursos próprios e/ou de terceiros, prover meios pecuniários para financiar aquisição de bens e serviços, a realização de empreendimentos, a cobertura de despesas pessoais ou gerais, a manutenção de capital de giro, o abatimento de dívidas preexistentes, e as demais atividades inerentes à vida econômica das pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado.<sup>14</sup>*

Desta forma, verificamos que os Bancos são enquadrados como instituições financeiras, mas dentro da atividade bancária em si, existe uma série de outras atividades, que por certo não podem ser rotuladas , como financeiras , tais como administração de conta-corrente; recebimento de boletos bancários; recebimento de contas de consumo; acesso à Internet, etc, que por certo não seriam objeto de tratamento do

---

<sup>13</sup> As Instituições Financeiras no Direito Pátrio: Definição e Caracterização de Atividade Própria ou Exclusiva, edição em CDRom.

<sup>14</sup> As Instituições Financeiras no Direito Pátrio: Definição e Caracterização de Atividade Própria ou Exclusiva, edição em CDRom.

sistema financeiro nacional, devendo obrigatoriamente serem reguladas pelo CDC.

No mesmo sentido, as Seguradoras , muito embora vinculadas , do ponto de vista administrativo de funcionamento como empresa, ao Sistema Financeiro Nacional, de fato a atividade securitária não pode ser rotulada como financeira, portanto a referida atividade securitária deve ser integralmente regida pelos termos do CDC, com exceção da nuance inicialmente indicada

## **6. DO POSICIONAMENTO DA MELHOR DOUTRINA PÁTRIA SOBRE O OBJETO DA PRESENTE DEMANDA**

A majoritária e melhor doutrina brasileira aponta , no sentido da constitucionalidade da íntegra dos termos do art. 3º, § 2º, do CDC, além de entender que a atividade bancária em sentido amplo, também está contida nos termos do art. 3º, § 1º, do diploma consumeirista.

O ilustre Professor Sergio Cavalieri Filho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro elenca o posicionamento de uma série de autores brasileiros acerca do tema:

*“Arruda Alvim, ao comentar o conceito de serviço contido no art. 3.º, § 2º, do CDC, assim se posicionou: ‘Tal opção de política legislativa revela a preocupação de não se dar azo a divergente exegese, que pudesse vir a excluir do conceito geral atividades de grande movimentação de consumo, como as relacionadas, notadamente os bancos*

*e as seguradoras, sejam públicos ou privados”.* (Código do Consumidor comentado, 2. ed. RT, p. 40).

*José Augusto Delgado, professor de Direito Público e eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, após examinar minuciosamente todos os argumentos da corrente que defende a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às atividades bancárias, faz a seguinte afirmação: ‘Não me permito empregar qualquer interpretação restritiva aos dispositivos legais que compõem o Código de Proteção ao Consumidor, pelo fato de que ele tem por finalidade tornar efetiva uma garantia constitucional. A expressão ‘natureza bancária, financeira e de crédito’ contida no § 2.º do art. 3.º não comporta que se afirme referir-se, apenas, a determinadas operações de crédito ao consumidor. Se a vontade do legislador fosse essa, ele teria explicitamente feito a restrição, que, se existisse, daria ensejo a se analisar da sua ruptura com os ditames da Carta Magna sobre o tema’ (‘Interpretação dos contratos regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor’, Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 8, n. 2, 1996, p. 109).*

*Em artigo publicado na Revista do Tribunais – ‘Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor’ -, Adalberto Pasqualotto colocou com felicidade a questão: ‘Embora o dinheiro em si mesmo não seja objeto de consumo, ao funcionar como elemento e troca, a moeda adquire a natureza de bem de consumo. As operações de crédito ao consumidor são negócios de consumo por conexão, compreendendo-se nessa classificação todos os meios de pagamento em que ocorre diferimento da prestação monetária, como cartões de crédito, cheques-presentes etc.’ (RT 666/53).*

*Do mesmo sentido Nelson Nery Junior, um dos autores do anteprojeto: ‘O Código de Defesa do Consumidor evidentemente conferiu regime jurídico próprio aos produtos, que chamou de qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, § 1º), noção muito mais abrangente que a de bem e a de coisa, do Código Civil. O crédito seria um bem imaterial dado ao consumidor em decorrência do conceito que goza na praça, da confiança que o banco nele deposita, em virtude, ainda, da suficiência de seu patrimônio para garantir eventual empréstimo” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelo autores do anteprojeto, 2. ed., Forense, p. 304, 305 e 308).*

*Como se vê, qualquer que seja o ângulo pelo qual se examine a questão – quer como produto, quer como serviço - , não há fundamento jurídico que permita afastar a aplicação do Código do Consumidor das atividades bancárias. Os bancos são empresas comerciais que captam recursos no mercado financeiro para os redistribuir em operações de crédito. O produto da atividade bancária é o dinheiro e o crédito conferido ao cliente para ser utilizado no consumo de produtos e serviços. Só não haverá relação de consumo caso o devedor tome o dinheiro para repassá-lo (Programa de responsabilidade civil, Malheiros, 2.ed. p. 363-364, 295-296 e 297).”<sup>15</sup>*

Por fim, não podemos esquecer das palavras do Eminentíssimo Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Carlos Prudêncio, que tece as seguintes considerações acerca do tema:

*“Ademais, incontestável a mora do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, uma vez que já passaram quase dez anos da promulgação da Carta Magna, embora diversos Mandados de Injunção tenham sido impetrados com o objetivo de ver efetivada a regra contida no artigo 192, § 3º, da Constituição, como se vê nos Mandado de Injunção nº 323-8-DF; in Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 196/96, Mandado de Injunção nº 329-7-SP in Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 194/93, Mandado de Injunção nº 361 -1-RJ, in Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 190/135, Mandado de Injunção nº 362-0-RJ, in Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 212/120, dentre outros. Esse fato comprova o grande comprometimento do Congresso com os interesses dos grupos financeiros nacionais e internacionais, estes, aliás, cada vez mais interessados em investir no país frente o horizonte de agigantados lucros que o sistema propicia a esse tipo de atividade.*

*Outrossim, no tocante à real limitação dos juros constitucionais, há de se afirmar que ao seu redor bailam eminentes interesses dos poderosos grupos financeiros, tentando barrar, por entrelinhas, o estímulo aos setores produtivos e a conseqüente geração de emprego e riqueza, até porque se sabe que a especulação gerada com a intermediação de suas atividades já atingiu o patamar de ¼ do Produto Interno Bruto do país.*

*Para bem ilustrar esse entendimento, oportuna é a lição deixada por CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, in Revista Forense nº 339/65: ‘A Constituição de 1988, que tantas esperanças irradiou para o*

---

<sup>15</sup> *Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias por danos causados a correntistas e a*

*grande povo brasileiro das cidades e dos campos, não pode sofrer a sabotagem dos poderosos interesses do capital financeiro que desde então assediam o Congresso Nacional. Não é demais lembrar que desde a interrupção do ciclo democrático, com o golpe militar de 1964, as políticas econômicas dos governos autoritários que se seguiram, associados aos interesses do capitalismo financeiro nacional e internacional, concederam aos bancos e às instituições financeiras o monopólio da usura em nosso país, privilegiando indecorosamente o capital especulativo em detrimento do setor industrial e produtivo da economia, tudo com as seqüelas da mais perversa novidade social.’”<sup>16</sup>*

## **7. DA CONCLUSÃO.**

Assim, frente todas as argumentações acima expostas, não podemos chegar a outra afirmação, que não a da integral constitucionalidade dos termos do § 2º, do art. 3º, do CDC.

## **BIBLIOGRAFIA**

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, vols. II, III-tomo II e VII.

CAVALIERI FILHO, Sergio.. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a

---

terceiros, p. 104 e 105.

<sup>16</sup> *Eficiência da Limitação Constitucional dos Juros Reais*, p. 12.

terceiros. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol.34, p. 102-110.

FALCÃO, Alcino Pinto "et al.". *Comentários à Constituição*. São Paulo : Freitas Bastos, 1990, vol.I.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1991.

FILOMENO, José Geraldo Brito "et al". *Código Brasileiro de defesa do consumidor*.3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

LUCCA, Newton. A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Atividade Bancária . *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol nº 27, julho-setembro/1998, p. 78.

MUKAI, Toshio "et al.". *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1991

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. As Instituições Financeiras no Direito Pátrio: Definição e Caracterização de Atividade Própria ou Exclusiva. *Doutrina Jurídica Brasileira*. Caxias do Sul: Editora Plenum. 2001. Edição em Cdrom.

PRUDÊNCIO, Carlos. Eficácia da Limitação Constitucional dos Juros Reais. *Revista In Verbis*. vol nº 12, junho-julho/1998, p. 12.

SAMPAIO, Luis Augusto Tavares. *Comentários à nova Constituição Brasileira*, São Paulo: Atlas, 1989, vol. I.