

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

*Alberto do Amaral Júnior**

1. A Importância dos Princípios Gerais de Direito

O pensamento jurídico revelou, nos últimos anos, renovado interesse pelos princípios gerais de Direito. A razão disso encontra-se em alguns fatores que influenciaram e continuam ainda hoje a influenciar as concepções dos juristas.

Em primeiro lugar, o art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, elaborado em 1920 e mantido em 1945 quando da criação da Corte Internacional de Justiça, inseriu os princípios gerais de Direito, ao lado dos tratados e do costume, entre as fontes do Direito Internacional. A fórmula empregada referia-se aos princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas, o que foi visto pelos novos Estados independentes como inequívoca manifestação do colonialismo europeu. A doutrina internacionalista concentrou-se na identificação dos princípios gerais de Direito no afã de permitir a sua aplicação aos casos concretos. Nessa tarefa, autores como Verdross e Le Fur tiveram papel de incontestável proeminência.

Em segundo lugar, a crítica ao positivismo, que já se havia insinuado no Direito Internacional, sustenta a impossibilidade de se compreender o sistema jurídico exclusivamente a partir das conexões lógicas entre as normas, sem qualquer referência aos aspectos valorativos. Para usar uma linguagem típica à teoria da comunicação, mais importante do que a relação entre os signos passa a ser a relação entre os signos e os usuários que deles se utilizam. O Direito, nessa acepção, é entendido como conjunto de normas que sofre o impacto direto da mudança dos valores dominantes na realidade social. A justiça será, assim, tanto mais realizável quanto mais se conseguir captar as convicções que imperam em cada momento histórico.

Em terceiro lugar, ganhou novo vigor a atividade interpretativa do juiz diante do contraste que se estabeleceu entre as normas jurídicas positivas e as exigências formuladas pelo desenvolvimento industrial. Nas sociedades que se alteram graças à rapidez vertiginosa do processo de industrialização, o interesse pelos princípios gerais de Direito coincide com a necessidade de se buscar pautas axiológicas para orientar a interpretação judicial. A finalidade que norteou o aparecimento da norma serve como

* Doutor, Livre-Docente e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

critério interpretativo para dar concreção ao ideal de justiça. O Direito é concebido como sistema aberto, flexível e dinâmico, cabendo ao intérprete a função de adaptá-lo à sociedade em constante transformação. O tema dos princípios gerais de Direito despertou atenção nas diversas áreas do conhecimento jurídico: do Direito Civil ao Direito Processual, do Direito Administrativo ao direito constitucional. O trabalho doutrinário ocupou-se de três questões fundamentais relativas, respectivamente, à origem, à validade e à natureza dos princípios gerais de Direito.

2. As regras e os Princípios na Teoria Geral do Direito

Vittorio Scialoja, num famoso artigo de 1880, afirmou, em plena vigência do Código Civil italiano de 1865, que os princípios gerais de Direito são normas inexpressas obtidas por sucessiva generalização a partir das normas que compõem o sistema (V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, Comerino, 1880, in *Studi Giuridici*, vol. III: *Dirito privato*, 1ª parte, Roma, pp 1/23). Esta opinião, que prevalecia na doutrina, não ocultava o profundo temor diante dos julgamentos baseados na equidade, que se afastavam da aplicação do Direito Positivo. Giorgio Del Vecchio, opondo-se a esta tradição, escreveu em 1921 que os princípios gerais de Direito englobam os princípios do direito natural. O artigo de Del Vecchio foi o embrião de várias teorias nas quais os elementos extrajurídicos podem ser claramente vislumbrados (G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto* ("Archivio Giur", LXXXV, 1921, pp 33/90).

Para Brunetti os princípios gerais de Direito repousam na natureza das coisas enquanto que para Maggiore eles se confundem com a própria equidade, razão pela qual não se originam por abstração, porque são anteriores às normas particulares. Merecem realce, por outro lado, no rol das teses intermediárias, as posições de Brugi, que identificou os princípios gerais de Direito aos princípios da Razão, na medida em que são aceitos pelo Direito Positivo, e de Miceli para quem os princípios gerais de Direito resultam do complexo de ideais jurídicos que se cristalizam em determinada sociedade.

O problema relativo à natureza dos princípios gerais de Direito tem merecido acurada análise por parte da doutrina. Betti defendeu a tese segundo a qual os princípios gerais de Direito não são normas, mas orientações e ideais de política legislativa, revestindo o caráter de critérios de interpretação e de verdadeiros programas que orientam o progresso da legislação. A justificativa apresentada por Betti se baseia no fato de que assim como as normas singulares não são obtidas por dedução dos princípios, estes não podem ser extraídos, indutivamente das normas particulares (E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp 205/212). Bobbio lembra que Betti parece emprestar à expressão "princípios gerais" um significado restrito, compreendendo tão somente os "princípios formadores", que se distinguem dos princípios normativos propriamente ditos.

Crisafulli, sustentando posição oposta a de Betti, ressalta que os princípios gerais de direito são normas e não simples orientações ou ideais de política legis-

lativa. Argumenta que os princípios gerais decorrem de generalizações sucessivas das normas particulares. Não se admite, nessa linha de idéias, que atingido certo grau de generalização à norma se transforme em outra coisa, perdendo-se o seu sentido normativo. Além disso, a função dos princípios gerais de Direito consiste em prescrever condutas normalmente quando se verifica a ausência de normas particulares. Não se registra, desse modo, nenhuma diferença significativa entre os princípios gerais de Direito e as normas com referência à regulação das condutas individuais (V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 15).

Bobbio destaca que os partidários da concepção normativa dos princípios devem especificar se os princípios gerais se distinguem das normas e, em caso positivo, qual é o critério de distinção. O autor italiano consigna que os critérios mais utilizados podem ser agrupados em cinco categorias:

1. os princípios são pura e simplesmente normas mais gerais que valem para uma determinada matéria (negócio jurídico, propriedade, família e responsabilidade civil), ou para certo ramo do Direito (Civil, Penal, Financeiro, Administrativo e Constitucional), ou ainda para dada esfera de relações jurídicas. Cabe observar nesse sentido, que um princípio geral acerca de uma matéria qualquer deixa de o ser quando analisado sob o ângulo mais vasto de um ramo específico do conhecimento jurídico.

2. Os princípios são normas fundamentais porque sem eles o ordenamento jurídico não poderia suscitar como ordenamento efetivo relações vitais em qualquer sociedade.

3. Os princípios são normas diretivas (princípios cardiais), pois indicam a orientação ético-política, que inspira o sistema jurídico e que lhe imprime feição ideológica própria.

4. Os princípios são normas indefinidas, que comportam uma série indefinida de aplicações.

5. Os princípios são normas indiretas cujo papel é determinar o conteúdo de outras normas (Norberto Bobbio, *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994, p. 265).

Ronald Dworkin no âmbito da teoria geral do Direito contemporânea criticou o positivismo, em especial, a obra de Hart, em virtude da incompreensão manifestada diante da relevância dos princípios na prática dos tribunais. O positivismo, ao valorizar o conceito de norma jurídica, mostrar-se-ia incapaz de perceber o real significado dos princípios para a atividade jurisprudencial.

Dworkin assinala que o modelo formulado por Hart possui as seguintes características:

- a) o Direito de uma comunidade é um conjunto de regras. As regras são pautas de conduta que definem com precisão os comportamentos, como por exemplo, a norma

que prevê o limite máximo de velocidade nas vias públicas ou a que prescreve os requisitos para a feitura dos testamentos. Nesse caso, podem suceder duas situações: por pertencer ao sistema à norma em questão regula inteiramente a solução do litígio ou, quando a regra não integra o ordenamento jurídico, nenhuma solução é oferecida ao conflito que eventualmente surgir. As exceções, inerentes às regras, devem ser claramente enunciadas. As regras completas são aquelas que enumeram com o máximo de rigor todas as exceções ao seu cumprimento. O ordenamento jurídico não tolera a validade simultânea de duas regras em conflito. A coerência do sistema exige que apenas uma delas seja válida e regule os fatos que lhes são submetidos.

b) As regras válidas são aquelas que satisfazem os critérios estabelecidos pela regra suprema existente em uma comunidade. Esses critérios concernem, basicamente, à competência para a produção das regras, não se referindo ao conteúdo das normas particulares.

c) O Direito não se compõe de princípios, como o que estabelece que ninguém poderá beneficiar-se da sua própria torpeza. Princípios e regras são distintos do ponto de vista lógico.

d) O Direito não proporciona nenhuma orientação aos juízes que se defrontam com casos para os quais as regras não ministram soluções claras. A decisão judicial que por ventura venha a impor obrigações ou conferir direitos move-se no espaço da discricionariedade, não se reportando, por isso, a nenhuma norma jurídica singular (Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 33).

Dworkin acredita que os princípios fazem parte do sistema jurídico a ponto de influírem decisivamente na maneira como os juízes julgam os casos concretos. O positivismo, assim, não descreve adequadamente a ordem jurídica e parece desconhecer o modo pelo qual os tribunais efetuam o seu trabalho cotidiano.

O Direito, para Dworkin, compreende regras e princípios, que atuam, de forma diversa na regulação das condutas humanas. Os princípios não impõem comportamentos específicos aos destinatários, mas procuram concretizar ideais de justiça e de equidade ou, simplesmente, exigências morais que devem pautar os comportamentos em sociedade.

Os princípios, diferentemente das regras, não se aplicam à maneira tudo ou nada, nem estabelecem, peremptoriamente, as conseqüências que decorrerão das causas anteriormente disciplinadas. Não há a estipulação dos requisitos que tornam inevitável a sua aplicação. Apontam, ao contrário o sentido da decisão a ser proferida, conferindo ao intérprete a possibilidade de optar por novo caminho, que melhor se ajusta às peculiaridades do caso. Não se descarta, obviamente, a existência de outros princípios que permitem ao intérprete decidir em sentido distinto.

Os princípios apresentam uma dimensão de peso ou importância, de tal sorte que o conflito entre dois princípios somente pode ser resolvido quando se atenta para

o peso ou importância de cada qual para a solução do litígio. A escolha de um princípio de maior peso para motivar a decisão não invalida o princípio oposto que será, eventualmente, utilizado em outras situações.

Dworkin assevera, ainda, que a regra de reconhecimento apenas é útil para identificar as normas resultantes de atos deliberados de criação jurídica. O conceito de validade usado para as regras é incompatível com a dimensão de peso ou importância que caracteriza os princípios.

Na opinião de Dworkin, o campo de discricionariedade desaparece a partir da descoberta da força dos princípios para a elaboração jurisprudencial. Enquanto as regras determinam a futura decisão, os princípios se destinam a orientar os julgadores, mesmo nos casos mais difíceis. Os princípios, à semelhança das regras, conferem direitos e impõem obrigações, servindo de fundamento para as decisões judiciais.

Genaro Carrió, divergindo da posição de Dworkin, alega em defesa da concepção de Hart, que o direito de uma comunidade é constituído por tipos diferentes de regras. Assim, por exemplo, as pautas que fixam o limite de velocidade dos veículos nas vias públicas ou que prevêm os requisitos para a elaboração dos testamentos são regras específicas que constituem um tipo em meio à variedade de regras que integram o ordenamento jurídico. Afora as regras específicas existem *standards* muito gerais que limitam as atribuições dos órgãos administrativos encarregados de aplicá-los e *standards* variáveis que como o *duty care* do Direito anglo-saxônico, não requerem condutas específicas por parte dos destinatários. O conceito amplo de regra abarca as regras específicas e os princípios que se referem, genericamente, às condutas individuais, cujo exemplo mais conspícuo é representado no Direito brasileiro pelo princípio da boa-fé objetiva (Genaro Carrió, *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Abeledo-Perrot, p. 20 e seguintes).

Carrió alerta para o fato de que todas as normas, inclusive as regras específicas possuem uma textura aberta. Este é o motivo que explica a impossibilidade da enumeração exaustiva de todas as suas exceções. Segundo Carrió esta constatação dilui a diferença lógica entre as regras específicas e as pautas genéricas, como a que estipula que a ninguém é dado beneficiar-se da sua própria torpeza. Seria inviável enumerar todas as exceções que as regras comportam, da mesma forma como é falso afirmar que as regras se aplicam à maneira tudo ou nada. O conflito entre duas regras não se resolveria, simplesmente, pela eliminação de uma delas. Carrió recorda que a decisão muitas vezes assume a forma de um compromisso semelhante ao peso relativo das pautas genéricas no contexto particular de cada caso.

O caminho percorrido até aqui conduz a algumas ilações que alicerçam as teses que serão desenvolvidas a seguir. A crítica que Dworkin formulou à teoria de Hart teve o mérito de realçar a importância dos princípios para o Direito moderno. O ordenamento jurídico compor-se-ia não apenas de regras, mas incluiria também expressiva quantidade de princípios que vinculam os juízes e tribunais.

Bobbio, com a lucidez habitual, põs em relevo o caráter normativo dos princípios, fato que enseja a necessidade de distinguí-los das outras normas e de indicar qual é o critério de distinção. Com base em Carrió é possível dizer que o conceito de norma jurídica abrange as regras em sentido estrito, que delimitam com precisão as circunstâncias nas quais serão aplicadas e os princípios, que assumem a forma de pautas genéricas e oferecem ao julgador ampla liberdade no processo de interpretação judicial. O Direito vigente em certa comunidade reúne regras variadas que obrigam os destinatários, não obstante pertençam a tipos diferentes. Este é um ponto de partida imprescindível para a análise das normas constitucionais.

3. As Regras e os Princípios na Constituição

No campo do Direito Constitucional aceita-se, hoje, o fato de que os princípios não se contrapõem às normas, mas tão-somente aos preceitos. As normas constitucionais dividem-se, nessa ótica, em normas-princípios e em normas-regras.

Jorge Miranda salienta as características dos princípios constitucionais:

- a) a sua maior aproximação da idéia de Direito ou dos valores do ordenamento;
- b) a sua amplitude ou seu grau de maior generalidade ou indeterminação frente às normas-regras.
- c) a sua irradiação ou projeção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;
- d) a sua versatilidade, a sua suscetibilidade de conteúdo, algo variável ao longo dos tempos e das circunstâncias, com densificações variáveis;
- e) a sua abertura sem pretensão de regulamentação exaustiva, ou em plenitude, de todos os casos;
- f) a sua expansibilidade perante situações ou fatos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
- g) a sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca (Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 225/226).

A diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de grau. Os princípios determinam que algo seja realizado levando-se em conta as possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. As regras são normas que podem ou não ser cumpridas. A validade da regra sugere que a prescrição deve ser cumprida tal como foi estabelecida.

Os princípios possuem, na ordem constitucional, várias funções. São, no dizer de Canotilho, o fundamento de regras jurídicas e têm uma identidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional. A função normogénica dos princípios exprime-se na aptidão que revelam para dar origem a

regras que viabilizam a sua plena realização. O processo judicial, bem como os procedimentos legislativos e administrativos são indispensáveis a fim de lhes garantir ampla eficácia. A Constituição tende, assim, a densificar-se mediante a edição de regras que concretizam os valores consagrados pelos princípios (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª. Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, p. 1126).

A função negativa se manifesta na proibição de emanar normas ou de praticar atos que os contrariem. Constituem restrição imposta à ação do Estado, cuja liberdade, nesse domínio, se encontra rigorosamente circunscrita. Qualquer atitude que na prática importe em negar validade ao princípio caracteriza violação da Constituição.

A função positiva repousa na aptidão que revelam para informar materialmente os atos dos poderes públicos. Requerem, por isso, a adoção dos meios necessários para concretizá-los.

Os princípios exibem, por igual, importante função interpretativa e integradora. Eles iluminam o sentido e alcance das regras constitucionais exigindo, nas hipóteses de integração, que se explicitem as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde estabelecer. É nítida, aqui, a dimensão sistemática dos princípios, que atuam na delimitação do conteúdo das regras constitucionais. Por último, as funções de construção e qualificação inerentes aos princípios acentuam o papel que desempenham na estruturação do sistema constitucional.

A Constituição surge, sob esse ângulo, como conjunto de regras e princípios de diferentes graus de concretização. Canotilho declara que há certos princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda ordem constitucional. Os princípios estruturantes, frisa Canotilho, são densificados e realizados por outros princípios, que lhes fixam o sentido e esclarecem a real abrangência que possuem. O princípio estruturante do Estado de Direito é densificado, entre outros, pelos princípios da constitucionalidade, da legalidade da administração, da vinculação do legislador aos direitos fundamentais e da independência dos tribunais. O princípio da legalidade da administração é, por sua vez, densificado por outros princípios, como o que impõe a reserva de lei.

Cabe destacar, na esteira de Canotilho, que os princípios constitucionais gerais ou especiais concretizam-se, também, por intermédio de regras. A Constituição compreende princípios estruturantes, princípios especiais e regras constitucionais que formam um sistema, cuja densificação não se esgota em si mesmo. Não raro, as normas constitucionais requerem concretização legislativa e jurisprudencial.

4. A Função do Princípio da Defesa do Consumidor na Constituição Federal de 1988

O art. 170, V, da Constituição Federal de 1988, previu que a defesa do consumidor se insere entre os princípios da ordem econômica. Trata-se de consequência

lógica dos princípios da dignidade humana e da solidariedade, reconhecidos, respectivamente, pelos arts. 1º, III, e 3º, I, da Constituição. Já o art. V, XXXII, prescreve que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. O art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da defesa do consumidor, introduzido pela Constituição de 1988, constitui novidade no Direito Constitucional Brasileiro. Nenhuma das Constituições anteriores o previu. Era natural que, num país agrícola, exportador de produtos primários, não houvesse preocupação com a defesa do consumidor.

A legislação infraconstitucional seguiu o mesmo caminho. O Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916, nada dispuseram a respeito. Foi preciso aguardar o advento da industrialização em larga escala e a formação de organizações de consumidores para que surgisse a reivindicação de se consagrar no texto constitucional o princípio da defesa do consumidor. Ganhou corpo, ao mesmo tempo, o propósito de se criar um Código de Defesa do Consumidor que regulasse, amplamente, os diversos setores do mercado de consumo.

É perceptível a indissociável relação entre o art. 170, V, da Constituição e a edição do Código de Defesa do Consumidor. O art. 5º, XXXII, e o art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias tiveram por fim criar regras capazes de densificar e concretizar o princípio da defesa do consumidor constante do art. 170, V, da Constituição Federal.

A função normogenética do princípio da defesa do consumidor irradia-se no plano infraconstitucional e atinge o seu apogeu com a promulgação da Lei 8.078 de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor. Convém lembrar que a designação de código tem sentido próprio, não se confundindo com os códigos clássicos, que reúnem matéria pertencentes a certo ramo do conhecimento jurídico.

O termo código provém de *codex*, que, em sua acepção mais antiga, designava a reunião de textos jurídicos recolhidos por indivíduos privados ou pela autoridade pública. Modernamente, porém, o termo código está associado ao processo histórico que se verificou na cultura jurídica ocidental em fins do século XVIII e início do século XIX. Nesse sentido, por codificação deve-se entender o processo histórico e cultural que conduziu à promulgação, em inúmeros países europeus, de códigos que tiveram como objetivo reunir normas que disciplinam determinado campo da experiência jurídica.

A noção de código se desenvolve a partir de algumas idéias fundamentais:

a) os códigos são documentos normativos que regulam uma área jurídica específica;

b) mais do que reuniões de normas sobre dada matéria os códigos revelam a pretensão de coerência e sistematicidade, regulando de forma completa e exaustiva os diversos aspectos da realidade social;

c) como instrumento da Razão, os códigos facilitam o conhecimento do Direito, ampliando o grau de certeza jurídica e de previsibilidade dos comportamentos.

Assim concebidos, os códigos de fins do século XVIII e início do século XIX possibilitaram a superação dos particularismos jurídicos, indicando a supremacia da lei sobre o costume. Diversamente das consolidações, que se caracterizam pela mera justaposição das normas vigentes, os códigos representam obra de criação em relação ao Direito existente. Enquanto a consolidação é obra de adaptação morfológica das normas em vigor, os códigos simbolizam a cristalização de novos institutos jurídicos.

O século XX registrou o aparecimento de micro-sistemas normativos, dotados de lógicas autônomas e ritmos próprios de desenvolvimento, que disciplinam âmbito mais restrito das relações sociais. O micro-sistema se caracteriza por apresentar princípios específicos, diferentes ou até mesmo contrários aos estabelecidos pelo Código, que passa a se restringir à disciplina dos casos residuais, não contemplados pelo micro-sistema. A relação entre Código e lei que no século XIX era descrita como relação entre lei geral e norma especial, converte-se agora na relação entre disciplina geral e disciplina residual.

A lei não mais se dirige ao cidadão neutro e indiferenciado, mas a grupos específicos e a categorias definidas de interesses.

O Código de Defesa do Consumidor, cuja denominação resultou do art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias, constitui verdadeiro micro-sistema normativo, dotado de lógica própria e regras específicas para a proteção dos consumidores. Ao contrário do que sucedia com os Códigos do século XIX, que pretendiam abarcar os múltiplos aspectos da vida social, o Código de Defesa do Consumidor é lei destinada a cuidar, exclusivamente, das relações de consumo. Além disso, não se pode deixar de reconhecer que a reunião dos dispositivos legais de proteção ao consumidor em um único texto legal encerra vantagens práticas inegáveis. Como as relações de consumo possuem caráter multidisciplinar, constituindo objeto de tratamento particularizado nas várias esferas da experiência jurídica, os consumidores poderiam enfrentar dificuldades insuperáveis em conhecer o teor de tais dispositivos. A reunião das normas legais de proteção ao consumidor num Código único facilita o seu conhecimento e compreensão, servindo como orientação segura a todos os interessados.

O Código estabelece como fundamento de toda a elaboração normativa o princípio da vulnerabilidade do consumidor, procurando fornecer-lhe as informações necessárias e os instrumentos adequados para a sua tutela efetiva. Não se trata, simplesmente, de um código do consumo, mas de um Código de Defesa do Consumidor, integrando por isso a chamada ordem pública de proteção.

A dupla instrumentalidade do Direito Moderno parte do pressuposto de que as normas jurídicas ora concorrem para conservar ora contribuem para alterar as relações sociais. O Código de Defesa do Consumidor significa grande contribuição para a melhoria das relações de consumo, conferindo maior equilíbrio entre fornecedores e consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor, desse modo, densifica e concretiza o art. 170, V, da Constituição Federal. A tutela dos interesses dos consumidores exigia a elaboração de um código composto por regras que abrangessem todos os setores do mercado de consumo. Não seria lógico esperar que o Código regulasse algum setor particularizado, deixando de estabelecer normas para os demais.

É patente a intrínseca conexão que vincula os arts. 170, IV e 5º, XXXII, da Constituição com o art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias. Desde o início, o legislador constituinte estava consciente de que o princípio da defesa do consumidor reclamava futuros desdobramentos, não obstante a obrigatoriedade direta que possui. Por esse motivo, o art. 5º, XXXII, declara que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. A obrigação que o Constituinte impôs ao Estado traduziu-se, de forma imediata, no art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

O sistema de proteção aos consumidores ganha concretude na medida em que se passa das normas de escalão hierarquicamente superior para as regras e princípios constitucionais, que traçam os limites da proteção conferida.

O art. 170, V, impede a edição de normas infraconstitucionais que impossibilitem a obtenção da meta por ele visada. Ocorre, nesse sentido, a fixação de verdadeiro limite material que o legislador ordinário e as autoridades administrativas deverão inevitavelmente observar.

O princípio da defesa do consumidor tem, ademais, importante função hermenêutico-integrativa, iluminando o sentido e alcance das normas que integram a ordem econômica.

A livre iniciativa, consagrada como fundamento da ordem econômica pelo art. 170, V, é qualificada pelo princípio da defesa do consumidor. Nesses termos, o exercício da livre iniciativa visará, em todas as ocasiões, à realização dos interesses dos consumidores.

É possível, não raro, identificar situações de tensão entre os princípios estruturantes ou entre os princípios constitucionais gerais e especiais. Isso ocorre por que a Constituição é, freqüentemente o resultado de um compromisso entre atores sociais que têm interesses discrepantes e colidentes. O resultado é a existência de tensão ou antagonismo entre os diferentes princípios constitucionais, cuja superação exige que o intérprete efetue ponderações avaliando o peso e as circunstâncias de cada caso.

O princípio da unidade da Constituição pretende dissolver as antinomias que porventura ocorram e se opõe à tese que sustenta existirem normas inconstitucionais

na Constituição. O intérprete deve procurar a unidade do texto constitucional e do complexo axiológico que o informa. Transparece, aqui, o postulado da coerência que permeia a interpretação da lei fundamental.

O princípio da defesa do consumidor, emanação dos princípios da dignidade humana e da solidariedade, qualifica a livre iniciativa e irradia os seus efeitos por todos os quadrantes da ordem econômica. Logo, as demais normas constitucionais que regulam a ordem econômica, bem como a legislação infraconstitucional, devem ser interpretadas consoante o princípio da defesa do consumidor. Nesse sentido, o sistema financeiro, componente essencial da ordem econômica, sofre o efeito direto da força vinculante do princípio da defesa do consumidor. As normas que disciplinam a sua estrutura e as relações que o sistema financeiro estabelece com o público em geral subordinam-se, obrigatoriamente, ao princípio constitucional da defesa do consumidor e à concretização infraconstitucional que a sua plena realização pleiteava.

Corolário imediato do princípio da defesa do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor que, sob esse aspecto, decorre da própria Constituição, deve disciplinar as relações de consumo por ele definidas. Conclui-se, então, que é constitucionalmente lícita e juridicamente irrepreensível o procedimento do Código de Defesa do Consumidor de incluir as entidades financeiras e a atividade por elas desempenhada no âmbito das relações de consumo.

5. A Interpretação do Art. 192 da Constituição Federal

O art. 192 da Constituição Federal dispõe que:

“Art. 192: O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

- I. A autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;
- II. A autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador;
- III. As condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:
 - a) Os interesses nacionais;
 - b) Os acordos internacionais;

- IV. A organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;
- V. Os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;
- VI. A criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da união;
- VII. Os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;
- VIII. O funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras. ”

Para que se compreenda o efetivo alcance deste artigo é necessário, antes de mais nada, analisá-lo à luz da tipologia das normas constitucionais. José Afonso da Silva sugere a seguinte classificação: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou estão aptas a produzir todos os efeitos que lhes são próprios. Na segunda categoria encontram-se todas as normas que, apesar de terem incidência imediata e estarem habilitadas para produzir os efeitos desejados, têm a sua eficácia contida em certos limites, como sucede com as normas restritivas ou sobre a ordem pública. As normas constitucionais de eficácia limitada não produzem todos os efeitos em razão da ausência de previsão normativa adequada. Nesse rol incluem-se as normas que declaram princípios institucionais e organizatórios, além das normas declaratórias de princípios programáticos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por outro lado, divide as normas constitucionais em normas exequíveis e normas não-exequíveis por si mesmas, as quais se subdividem em:

- 1) Normas incompletas que pressupõem outras normas que as regulamentem;
- 2) Normas condicionais, que dependem da edição de lei futura para que se inicie a sua execução;
- 3) Normas programáticas, que postulam a edição de normas supervenientes aliada à existência de condições fáticas que lhes garantam efetividade;
- 4) Normas de estruturação, que se ocupam da criação de órgãos ou entes estatais (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 1 vol., 2ª Edição, São Paulo, 1997, p.7.

Jorge Miranda distingue as normas constitucionais em normas preceptivas, exequíveis por si mesmas, normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e normas programáticas. Enquanto as normas não exequíveis por si mesmas pedem, simplesmente, a intervenção do legislador a fim de adquirirem plena efetividade, as normas programáticas jamais dispensam as providências administrativas e as operações materiais. As normas não exequíveis reclamam apenas a presença de fatores jurídicos e de decisões políticas, que podem ser preenchidos num lapso temporal relativamente curto. As normas programáticas requerem uma instância de natureza política, administrativa e material com capacidade para eliminar os obstáculos que se antepõem à sua eficácia (Jorge Miranda, obra citada, p.250).

O art. 192 da Constituição é, nessa tipologia, uma norma não exequível por si mesma. O constituinte houve por bem atribuir à lei complementar a incumbência de regular o sistema financeiro nacional. Referida lei, até agora, não foi ainda criada, permanecendo em vigor a Lei 4595 de 31/12/1964, que foi recepcionada pela atual Constituição. A edição de lei complementar futura para reger o sistema financeiro terá dois efeitos bastante nítidos. Dar-se-á, em primeiro lugar, a cessação da vigência por inconstitucionalidade superveniente das normas legais anteriores que disponham em sentido contrário. Em segundo lugar, impõe-se ao legislador a obrigação de editar a lei complementar em questão, sem a qual não se garante exequibilidade plena ao art. 192 da Carta Constitucional.

É imprescindível, a propósito, examinar a tese segundo a qual não tendo ainda sido editada lei complementar para regular o sistema financeiro não poderia o Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de lei ordinária, dispor sobre matéria que, constitucionalmente, está reservada, com exclusividade, ao âmbito da lei complementar. O primeiro ponto a ser elucidado diz respeito à eventual hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária.

A hierarquia existe, na esfera jurídica, quando a validade das normas que pertencem ao sistema decorre de outras normas, que se encontram em posição de superioridade. Nesse contexto, a hierarquia das fontes do Direito, não obstante ocultar uma relação de poder, tem a virtude de precisar as competências estatais. A Constituição estabelece, de forma ordenada, as competências normativas do Estado e indica o âmbito de exercício de cada qual.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. Afirma que: “ Se observarmos esta distribuição de competências, vamos notar que o âmbito de validade de suas normas está, em tese, delimitado: cada um destes diplomas normativos tem uma função à qual corresponde um conteúdo. Uma lei ordinária serve para estabelecer normas gerais que criam ou extinguem direitos soberanamente. Mas não serve para alterar a constituição. Para isso temos as emendas. Uma portaria serve ao Ministro para disciplinar o comportamento orgânico no seu âmbito ministerial. Mas não serve para baixar o regulamento de uma lei. Para isso precisamos do decreto presidencial. Para ir mais longe, num

Estado Federal, as competências também se organizam constitucionalmente no que concerne ao âmbito de validade das normas que cabem a União, aos Estados, aos Municípios. A União é competente para legislar sobre matéria trabalhista, mas não o é para matéria de impostos estaduais ou municipais e vice-versa” (Tercio Sampaio Ferraz Jr., Introdução ao Estudo do Direito, 2ª edição, Atlas, São Paulo, pp. 235/236).

Importa salientar, sob esse prisma, que não existe hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária. As duas espécies legislativas têm campos próprios de atuação, que se acham rigorosamente discriminados. É necessário, por isso, que a lei complementar e a lei ordinária se circunscrevam às respectivas esferas de competência. Se houver invasão de competência, a primazia de uma delas ocorrerá em razão da violação de limites horizontais e não por uma questão de hierarquia. A lei ordinária que viesse a tratar, de maneira diversa, de matéria reservada à lei complementar por força de dispositivo constitucional, incorreria em flagrante inconstitucionalidade por invasão de competência, já que pretendeu regular matéria que a Constituição Federal atribuiu, com caráter de exclusividade, à lei complementar.

O professor José Souto Maior Borges, ao abordar o tema no plano do Direito Tributário, assim se pronunciou: “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:

1. 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;
2. a superveniências da lei complementar somente suspende ou paralisa a eficácia da lei ordinária, em casos excepcionais...” (José Souto Maior Borges, “Lei Complementar Tributária”, RT, São Paulo, pp. 24 e 25).

Não se deve concluir, do que se acaba de expor, a impossibilidade da coexistência entre a lei complementar e a lei ordinária. Newton de Lucca demonstra com acuidade que nunca ninguém questionou a aplicabilidade da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, às instituições financeiras. “Sendo estas, por força de lei, constituídas obrigatoriamente sob a forma de sociedades por ações, sempre se entendeu que os estão sujeitos a ela...”. “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 aquelas que se originam de leis ordinárias com, por exemplo, as que regulam a matéria do imposto sobre a renda...” (Newton de Lucca, “A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Atividade Bancária”, in Revista do Tribunal Regional Federal, 3ª Região, Separata, n. 36, outubro/dezembro – 1998).

Nada impede, como se acaba de ver, que a lei complementar prevista no art. 192 coexista com outras leis ordinárias aplicáveis às instituições financeiras. Competirá à lei complementar regular, preponderantemente, as matérias arroladas nos oito incisos do art. 192 e as demais questões relativas à estrutura, à organização e ao funcionamento do sistema financeiro. São matérias de relevância pública e interesse coletivo que concernem à estrutura interna do sistema financeiro, às atribuições do Banco Central do Brasil e aos requisitos de funcionamento das instituições financeiras em geral.

É imperativo esclarecer o sentido da expressão sistema financeiro nacional, contida no caput do art. 192 da Constituição. O sistema é uma totalidade ordenada, que compreende um repertório e uma estrutura. O repertório é formado pelos elementos que compõem o sistema e a estrutura abrange as regras que presidem as relações entre os elementos que constituem o repertório do sistema. Assim, por exemplo, são elementos do sistema financeiro, entre outros, os bancos, as cooperativas de crédito, os estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização.

As relações entre os elementos, que formam o repertório do sistema, são determinadas por regras estruturais, cuja função é definir as atribuições do Banco Central e o papel que ele exerce na fiscalização das instituições financeiras.

A lei complementar, mencionada pelo art. 192, regulará os requisitos a ser cumpridos para que as instituições integrem o sistema financeiro, bem como a competência do Banco Central, a quem cabe zelar pelo funcionamento eficiente do sistema.

A lei complementar a que alude o art. 192 e o Código de Defesa do Consumidor têm domínios de validade material que não coincidem. A lei complementar recebeu a missão de disciplinar a organização do sistema financeiro e o relacionamento entre as suas unidades, ao passo que ao Código de Defesa do Consumidor cabe efetuar a normatização das relações de consumo. A lei complementar cuidará, preferencialmente, do sistema financeiro focalizado numa perspectiva interna e o Código de Defesa do Consumidor rege, numa perspectiva externa, o relacionamento entre o sistema financeiro e os consumidores.

O constituinte não pretendeu, implícita ou explicitamente, atribuir à lei complementar a competência para regular, de maneira direta, as relações entre fornecedores e consumidores. Isso não quer dizer que o princípio da defesa do consumidor não deva informar a elaboração da lei complementar que regerá o sistema financeiro nacional.

A interpretação sistemática da Constituição evidencia a força irradiante do princípio da defesa do consumidor que atinge, sem exceção, todos os dispositivos da ordem econômica. As relações entre fornecedores e consumidores, todavia, são reguladas, por determinação constitucional, pelo Código de Defesa do Consumidor. Enquanto a lei complementar, mencionada no art. 192, disciplinará, fundamentalmente, matérias pertinentes à estrutura interna e ao funcionamento das instituições financeiras, o Código de Defesa do Consumidor regula o comportamento dos agentes econômicos

do mercado de consumo. Ocupa-se, nessa ótica, das relações de consumo, objeto primordial da disciplina por ele instituída. Nesses termos, o Código de Defesa do Consumidor se aplica às instituições financeiras sempre que estas figurarem como parte nas relações de consumo.

Não se caracteriza inconstitucionalidade formal e material a inclusão das “atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” na conceituação de serviço feita pelo art. 3º, Parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor. A regulação estatal da atividade econômica verifica-se, no plano infraconstitucional, por intermédio de diplomas legislativos de natureza distinta. A Constituição Federal exigiu que o Código de Defesa do Consumidor dispusesse acerca das relações de consumo e que a lei complementar regesse a organização do sistema financeiro nacional.

O Código de Defesa do Consumidor recebeu a competência para delimitar a sua esfera de incidência, cabendo-lhe, por esse motivo, definir os sujeitos, o objeto e o conteúdo das relações jurídicas de consumo. Nesse sentido, é legítima a inserção dos serviços bancários e da atividade financeira, creditícia e securitária no campo de abrangência das normas que o constituem. Os incisos II e IV do art. 192 tratam de matéria distinta, relativa à autorização e funcionamento das instituições de seguro, resseguro, previdência e capitalização, do órgão fiscalizador de tais entidades, bem como das atribuições do Banco Central. Os diplomas legislativos que regulam a atividade econômica podem disciplinar tanto a conduta dos agentes econômicos quanto a organização do sistema financeiro com vistas à promoção do desenvolvimento equilibrado do país e à realização dos interesses da coletividade.

Existe não apenas coexistência, mas harmonia entre o Código de Defesa do Consumidor e a lei complementar de que trata o art. 192 da Constituição. A lei complementar em questão se subordina ao princípio da defesa do consumidor que deve pautar, também, o poder normativo do Banco Central. Não se tolera que as resoluções do Banco Central, por qualquer razão, afrontem o princípio da defesa do consumidor consagrado no art. 170, V, da Carta Magna. É patente, desse modo, a harmonia que existe entre o Código de Defesa do Consumidor e o art. 192 do texto constitucional, não havendo antinomia entre eles. Em síntese, a interpretação do artigo 192 não deixa margem à dúvida. A lei complementar regulará as matérias pertinentes à organização do sistema financeiro nacional. As demais matérias, referentes à atribuição de direitos e à imposição de obrigações e que são disciplinadas mediante a edição de normas de conduta, pertencem ao âmbito da legislação ordinária, como sucede, por exemplo com a Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, a legislação sobre o mercado de capitais e as normas concernentes ao imposto de renda. Imaginar o contrário é perverter o espírito e a letra da Constituição.

6. O Conceito Dogmático de Relação Jurídica

A teoria clássica do Direito Privado considera que a relação jurídica é toda relação social que, regulada pelo direito, produz efeitos jurídicos. A ordem jurídica

não se limitaria, simplesmente, a reconhecer as relações estabelecidas pelos diferentes sujeitos jurídicos, mas institui modelos que têm como resultado atribuir conseqüências jurídicas às relações sociais. É por essa razão que a relação social somente se converte em relação jurídica no momento em que se subsumir ao modelo normativo estatuído pelo legislador.

A relação jurídica comporta, desse modo, dois requisitos. É necessário inicialmente que exista uma relação intersubjetiva, isto é, uma relação entre duas ou mais pessoas. Além disso, é preciso que a relação intersubjetiva seja qualificada normativamente de tal sorte que, ocorrendo no plano fático a hipótese prevista na norma, dela derivem certas conseqüências jurídicas.

Toda relação jurídica compreenderia, assim, quatro elementos: sujeito, objeto, fato jurídico e garantia. Sujeitos da relação jurídica são as pessoas entre as quais se estabelece o vínculo obrigacional. São os titulares do direito subjetivo e do dever jurídico do sujeito passivo. Podem ser objeto de uma relação jurídica uma coisa, uma prestação ou a própria pessoa.

O fato jurídico é todo ato humano ou acontecimento natural previsto na lei como hipótese de fato que faz com que a relação jurídica passe do plano abstrato para a realidade concreta.

Por sua vez, a garantia consiste na possibilidade, colocada à disposição do titular, de valer-se do aparato coativo do Estado caso tenha o seu direito subjetivo violado. Esse conceito de direito subjetivo foi criticado por Hans Kelsen para quem a relação jurídica nada mais é do que uma relação entre normas.

Dizer, por exemplo, que o credor é sujeito de uma relação é afirmar que a norma prescreve ao devedor certo comportamento, isto é, o pagamento da dívida sob pena de sanção. Analogamente, dizer que o devedor é sujeito da obrigação significa adotar o comportamento previsto na norma que evita a sanção. Seja como for, o conceito de relação jurídica desempenha função relevante no pensamento dogmático. Tercio Sampaio Ferraz Jr., acentuando a sua importância, afirma que para a dogmática: “ a decidibilidade dos conflitos depende das posições que os agentes ocupam, uns em relação aos outros nas interações normativas: quem deve, quem paga, quem manda, quem obedece, quem prescreve, quem cumpre, são posições que implicam relações que competem ao direito construir (dirá Kelsen) ou disciplinar (dirá a doutrina tradicional) juridicamente “ (Tercio Sampaio Ferraz Jr., obra citada, p.165).

7. A Importância dos Serviços na Sociedade Atual

Razões sócio-econômicas e técnicojurídicas militam em favor da inclusão dos serviços de natureza bancária, financeira, creditícia e securitária, no âmbito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A partir das décadas de 50 e 60 começou a

ocorrer nas sociedades desenvolvidas o fenômeno que foi por muitos descrito como a passagem da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial. A verdade é que, desde então, se processam importantes mudanças na composição das populações economicamente ativas dos países desenvolvidos; a estrutura ocupacional desloca-se do setor secundário para as atividades terciárias, e aumenta o significado dos serviços, como eixo da atividade econômica. Esse processo abrange diferentes estágios.

Em primeiro lugar, o desenvolvimento industrial exige a expansão dos serviços auxiliares para a movimentação dos bens, bem como o aumento da força de trabalho não-manufatureira. Em segundo lugar, o consumo em massa requer que seja ampliada a rede de distribuição dos bens (venda por atacado e varejo) e de atividades conexas como o setor financeiro e de seguros. Por último, com o aumento da renda tende a diminuir a proporção dos recursos despendidos com a alimentação, desenvolvendo-se, em conseqüência, um novo setor, o setor de serviço. Sob esse aspecto, aliás, as demandas sociais dirigem-se para duas áreas principais: saúde e educação. As reivindicações na área da saúde correspondem ao esforço no sentido de melhorar a qualidade de vida, ao passo que a educação é requisito essencial para o desempenho das habilidades requeridas pela sociedade. Cada vez mais, as inovações decorrem do novo relacionamento que se estabelece entre a ciência e a tecnologia, em que a ciência é instrumento decisivo para o crescimento da produção.

Com o advento da terceira revolução industrial, o conhecimento e a tecnologia passaram a ter importância central para o desenvolvimento econômico. Com a transformação da estrutura econômica, que não mais se circunscreve apenas aos países desenvolvidos, a chamada "indústria" de serviços ocupa posição vital para o crescimento da economia. O padrão de vida não é definido em razão da quantidade de bens que alguém possa adquirir, mas pela qualidade da existência avaliada de acordo com os serviços de que um indivíduo pode desfrutar.

8. A Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Instituições Financeiras

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor pressupõe a existência de uma relação jurídica de consumo, a qual se desdobra em três elementos: os sujeitos, o objeto e a finalidade que a orienta. São sujeitos da relação jurídica de consumo o consumidor e o fornecedor.

A Lei 8.078-91 possui quatro noções de consumidor, que apresentam alcance distinto tendo em vista o fim visado pelo legislador. O art. 2, que contém uma definição geral, afirma que: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final".

Esta definição revela vários aspectos importantes que influem, sobremaneira, no estilo de interpretar o Código de Defesa do Consumidor. Em primeiro lugar,

consumidor, para o Código, não é apenas o contratante, mas também o usuário de produtos ou serviços. Assim, por exemplo, o mero usuário do bem, que não seja parte em um contrato, desfruta da proteção especial concedida pelo Código.

Em segundo lugar, o conceito de consumidor compreende, também, a pessoa jurídica. A atitude inicial da Comissão encarregada de elaborar o Código de Defesa do Consumidor de conferir proteção apenas às pessoas físicas foi finalmente superada com a inclusão da pessoa jurídica no conceito de consumidor constante do art. 2. No direito comparado as legislações oscilam, ora restringindo ora alargando a noção de consumidor. No Direito brasileiro, o legislador preferiu a segunda solução, ainda que esta possa ser atenuada mediante o emprego do princípio da vulnerabilidade.

Nos termos do Parágrafo Único do art. 2 “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Aqui o Código reconheceu, explicitamente, que os danos sofridos pelo consumidor envolvem, na quase totalidade dos casos, grande número de indivíduos. São os chamados danos coletivos e difusos.

A técnica de definir o consumidor por equiparação, usada pelo Parágrafo Único do art. 2, repete-se nos arts. 17 e 29 do Código. Inserido na Seção II, relativa à Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço, o art. 17 diz que: “Para os efeitos desta Seção equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Já o art. 29, que se circunscreve às práticas comerciais e à proteção contratual do consumidor, assim se pronuncia: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas nele previstas”. A simples exposição, nesta hipótese, é suficiente para ensejar a equiparação em causa.

O art. 3, de forma ampla, conceitua o fornecedor como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Os Parágrafos Primeiro e Segundo do art. 3 preocupam-se em definir o objeto da relação jurídica de consumo. Enquanto o Parágrafo Primeiro acentua que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” o Parágrafo Segundo especifica que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

A relação jurídica de consumo completa-se com a presença do elemento teleológico, que lhe empresta conteúdo e feição próprios. Não é por acaso que o art. 2 menciona que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final”.

A expressão “destinatário final” encerra a teleologia que permite distinguir a relação jurídica de consumo das relações jurídicas civis e comerciais. Nesta linha de

idéias o que realmente distingue o consumidor, constituindo motivo de proteção para o ordenamento jurídico, é a sua não profissionalidade. Isto quer dizer que o traço essencial que caracteriza o consumidor é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços para fins, não profissionais.

Diversamente do empresário que adquire ou utiliza produtos e serviços visando à realização de sua atividade profissional, o consumidor pratica atos isolados para atender a fins tipicamente privados. A noção de consumidor indica o ponto terminal do processo de intercâmbio de mercadorias, sendo que os bens são adquiridos ou utilizados para a satisfação de necessidades materiais e espirituais, e não para a recolocação no mercado.

A destinação final, imprescindível para a conceituação do art. 2, não é, contudo, requisito para os demais casos em que o consumidor é definido por equiparação. O que se quis, em tais circunstâncias, foi contemplar situações que, em princípio, permaneceriam desprotegidas.

É lícito concluir, nesta ótica, que o Código de Defesa do Consumidor tem total aplicação à atividade bancária. Os bancos são fornecedores na acepção do art. 3, assim como o objeto da atividade que desempenham enquadra-se no conceito de serviço ministrado pelo Parágrafo Segundo.

O art. 119 do Código Comercial estabelece que: "São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco". Já o art. 2, Parágrafo Segundo, da Lei de Sociedade por Ações esclarece que a Cia. é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio. Ora, os bancos são obrigatoriamente organizados sob a forma de S.A., fato que lhes atribui, inapelavelmente, a condição de agentes econômicos que exercem atividade mercantil. Analogamente, o Parágrafo Segundo do art. 3 do Código de Defesa do Consumidor previu, expressamente, que os serviços bancários, financeiros e de crédito constituem objeto das relações jurídicas de consumo.

Importa salientar, porém, que, à luz do CDC, o banco é tanto um fornecedor de serviços quanto de produto: o dinheiro. Não é correto o entendimento segundo o qual o Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria às instituições financeiras, porque não se concebe a possibilidade de ser usado o dinheiro ou o crédito pelo destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela sua própria natureza, à circulação. A utilização do produto tem, aqui, sentido mais amplo que o da mera fruição, abrangendo a possibilidade da disposição do bem. Desse modo, o consumidor que celebra um contrato de mútuo com a instituição bancária utiliza o produto recebido como meio de satisfazer as suas necessidades.

Finalmente, poder-se-ia perguntar, diante da criação do consumidor equiparado, qual é o campo de aplicação do art. 29 que, ao se referir às práticas comerciais e à proteção contratual, vincula-se, estreitamente, à concessão de crédito bancário. Não

se deve esquecer que o motivo que levou o legislador a estender a outros sujeitos os benefícios atribuídos ao consumidor *stricto sensu* foi a constatação de que a atividade do fornecedor no mercado prejudica, não raro, grande número de pessoas.

É natural, por isso, que os prejudicados sejam percebidos como participantes das relações de consumo ocupando uma posição de vulnerabilidade. Sob esse aspecto, o art. 4, I alçou a vulnerabilidade à categoria de princípio que informa a interpretação de todas as normas do Código. Logo, a pessoa jurídica que pretenda ser considerada consumidora por equiparação deve provar encontrar-se em situação de vulnerabilidade. Esta prova, dispensável quando se tratar de pessoa física, é requerida para as pessoas jurídicas.

A sociedade empresária, mesmo que não seja a destinatária final do produto ou serviço, beneficia-se, assim, das normas do CDC na qualidade de consumidora equiparada.

O art. 29 surge, dessa maneira, como a mais importante norma a estender o campo de aplicação do CDC oferecendo aos agentes econômicos expostos às práticas comerciais e às cláusulas contratuais abusivas, instrumento valioso para o aperfeiçoamento do mercado de consumo. Na realidade, o art. 29 permite ao intérprete efetuar amplo controle sobre as práticas comerciais suscetíveis de causar, direta ou indiretamente, prejuízo aos consumidores. A jurisprudência brasileira começa já a vislumbrar o imenso potencial contido no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível 192188076 de 1992, julgou, pioneiramente, que “ainda que não incidam todas as normas do CDC nas relações entre bancos e empresas, em contrato de crédito rotativo, aplicam-se os Capítulos V e VI por força do art. 29 do CDC, que amplia o conceito de consumidor possibilitando ao Judiciário o controle das cláusulas contratuais abusivas, impostas em contratos de adesão”.

CONCLUSÃO

As considerações feitas acima permitem concluir o que segue:

- 1) não há necessidade de lei complementar para regular as relações de consumo, as quais podem ser disciplinadas por meio de lei ordinária.
- 2) A Lei 8.078/90, ao conceituar os serviços que se submetem à sua incidência, não cuidou de matéria reservada à lei complementar, conforme o art. 192 da Constituição Federal. O Código de Defesa do Consumidor e a lei complementar referida no art. 192 têm âmbitos de validade material diversos e inconfundíveis, não se caracterizando invasão de competência por parte do legislador ordinário.
- 3) O parágrafo 2º do art. 3º da Lei 8078/90 está em estrita consonância com a Constituição Federal, não constituindo ofensa aos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal.

É o que me parece à luz do sistema jurídico brasileiro.

