

O Código do Consumidor, Lei 8.078/90, e os Negócios Bancários(*)

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

*Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor-Emérito da PUC de Minas Gerais e da
Universidade de Brasília, UnB, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.*

1. A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Dispõe o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.90:

“Art. 3º -

§ 1º -

§ 2º - *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado do consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*”

Na ADIn 2.591-DF, foi argüida a inconstitucionalidade da expressão, contida no § 2º, do art. 3º, acima transcrito, “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”.

Sustenta-se que a citada norma, contida na expressão indicada, é ofensiva aos arts. 5º, LIV, e 192, incisos II e IV, da Constituição Federal.

Sou o relator da mencionada ação direta de inconstitucionalidade. Neste trabalho, procuraremos focar o tema em seus diversos aspectos, presente o voto que proferi¹.

2. O FENÔMENO MUNDIAL DO CONSUMERISMO: A DEFESA DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor, registrei, tem encontrado guarida na legislação de muitos países. “*Não é difícil explicar tão grande dimensão para*

(*) Texto básico da exposição feita no painel “Direitos do Consumidor”, na XVIII Conferência Nacional dos Advogados, Salvador, Bahia, em 12.11.2002.

¹ ADIn 2.591-DF, julgamento iniciado em 17.04.02 e suspenso em razão de pedido de vista formulado por um dos ministros. Votou o Ministro Néri da Silveira, acompanhando, no fundamental, o voto do relator.

*um fenômeno jurídico totalmente desconhecido no século passado”, asseveram Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, dado que, “o homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (**mass consumption society** ou **Konsumgesellschaft**), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina jurídica autônoma”².*

No Brasil, na linha da expansão do fenômeno mundial do “*consumerismo*”, a defesa do consumidor ganhou **status** de princípio constitucional: art. 170, V: “*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.*”

3. A DEFESA DO CONSUMIDOR: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A defesa do consumidor, registram Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, “*pode, então, ser considerada, como afirma Eros Roberto Grau, um ‘princípio constitucional impositivo’ (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a função de diretriz (Dworkin) - norma objetivo - dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas*”³.

Princípio constitucional, a defesa do consumidor (art. 170, V) encontra embasamento em diversos preceitos da Constituição: art. 5º, XXXII: “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”; art. 24, VIII: competência atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao consumidor;

² Ada Pellegrini Grinover *et alii*, **Código de Defesa do Consumidor**, comentários dos autores do anteprojeto, Forense Universitária, 1991, p. 07.

³ Arruda Alvim *et alii*, **Código do Consumidor Comentado**, R.T., 2ª ed., p. 13.

art. 150, § 5º: “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”; art. 48 do ADCT: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”; art. 175, parágrafo único, II: a lei que regulará as concessões e permissões disporá sobre os direitos dos usuários. É dizer, a Constituição empresta ao princípio especial relevo. Daí o registro de Eros Roberto Grau: “A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo - a ideologia do consumo contemporizada (a regra ‘acumulai, acumulai’ impõe o ditame ‘consumi, consumi’, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) - afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II, do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável”⁴.

Destarte, presente a lição de Luís Roberto Barroso, no sentido de que “os princípios constitucionais,... explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”, dado que “espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”, pelo que “dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas”, e porque os princípios, ademais, condensam valores, dão unidade ao sistema e condicionam a atividade do intérprete⁵, presente, repito, a lição do Professor Luís Roberto Barroso, é correta a posição adotada por Werson Rêgo e Oswaldo Rêgo, com apoio no magistério do professor e desembargador Sérgio Cavalieri Filho, “que concebe o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e

⁴ Eros Roberto Grau, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, Malheiros Ed., 6ª ed., 2001, p. 272/273.

⁵ Luís Roberto Barroso, “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”, **Rev. Forense**, 358/91.

*qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social”*⁶.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990, encontra fundamento, portanto, na Constituição, regula ele um princípio constitucional - a defesa do consumidor - e foi editado por expressa determinação constitucional - ADCT, art. 48 - que fixou prazo ao legislador ordinário para a sua elaboração.

4. O CONCEITO DE CONSUMIDOR SEGUNDO O CÓDIGO

Começa o Código por conceituar **consumidor**: *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”* (art. 2º), equiparando-se a *“consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”* (parágrafo único do art. 2º).

O conceito de consumidor, está-se a ver, tem caráter econômico, *“ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.”*⁷

5. FORNECEDOR: CONCEITO

O conceito de fornecedor nos é dado pelo Código, art. 3º: *“Fornecedor é 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”*. É dizer, numa relação de consumo, há dois personagens: o primeiro, é o consumidor; o outro, o fornece-

⁶ Werson Rêgo e Oswaldo Rêgo, “O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico, inédito; Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Ed, 3ª ed., p.412 e segs.

⁷ José Geraldo Brito Filomeno, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentários dos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover *et alii*, citado, p. 24.

dor de produtos e serviços. O § 1º do art. 3º conceitua, a seu turno, produto, a dizer que “*produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial*”. O § 2º nos dá o conceito de serviço, estatuidando 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*”. Toda atividade remunerada, portanto, “*fornecida no mercado de consumo*”, constitui serviço, pelo que está abrangida pelo Código⁸. E o Código foi expresso, incluindo, no conceito de serviço, as atividades “**de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**”.

6. SERVIÇOS DE NATUREZA BANCÁRIA E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A questão a saber é se a inclusão mencionada afetou relações próprias do Sistema Financeiro Nacional, inscrito no art. 192 da Constituição, invadindo campo reservado à lei complementar. Penso que não.

Tal como entende o Procurador-Geral da República, Prof. Geraldo Brindeiro, “*pela Lei nº 8.078 não se criam atribuições peculiares ao mercado e às instituições financeiras; as normas ali insculpidas não dizem respeito, absolutamente, à regulação do Sistema Financeiro, mas à proteção e defesa do consumidor, pressuposto de observância obrigatória por todos os operadores do mercado de consumo - até mesmo pelas instituições financeiras*”. Perfeito, parece-me, o entendimento de Brindeiro, quando acrescenta inexistir invasão de competência, dado que é possível coexistir a lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional e o Código do Consumidor, ao qual devem sujeitar-se as instituições bancárias, como se sujeitam a inúmeros outros diplomas legais: a legislação do imposto de renda, a legislação previdenciária, trabalhista, societária etc.⁹ polêmica abordada por Cláudia Lima Marques, que concluiu pela inexistência de colisão entre tais leis, inclusive o Código do Consumidor, e a lei complementar do

⁸ Arruda Alvim *et alii*, *Código do Consumidor Comentado*, citado, p. 37/38.

⁹ Geraldo Brindeiro, Parecer oferecido na ADIn 2.591-DF.

Sistema Financeiro, já que cada uma delas atua em campo próprio¹⁰. Acrescenta o eminente Procurador-Geral:

“14. De outro lado, a existência de um código de defesa do consumidor, com incidência nas relações entre instituições financeiras e consumidores, não subtrai ao Banco Central o ônus de disciplinar a prestação de serviços bancários a clientes e ao público em geral, como previsto na legislação pertinente. A propósito, aquela autarquia tornou pública, em 26 de julho de 2001, a Resolução nº 2.878, do Conselho Monetário Nacional, que dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.”¹¹

7. O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

É que o Código do Consumidor não interfere com a estrutura institucional do Sistema Financeiro Nacional. Esta, sim, será regulada por lei complementar - C.F., art. 192 - que disporá, inclusive, sobre os temas inscritos nos incisos I a VIII do mesmo artigo 192, cuidando o § 1º deste da autorização a que se referem os incisos I e II; o § 2º disciplina os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, que serão depositados em suas instituições regionais de créditos e por elas aplicados; e o § 3º estabelece que *“as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”*.

¹⁰ Cláudia Lima Marques, **ap.** Parecer do Prof. Geraldo Brindeiro, ADIn 2.591-DF.

¹¹ Geraldo Brindeiro, parecer citado.

Apenas no tocante ao § 3º do art. 192 é que não se pode dizer, de pronto, que a questão estaria resolvida. Mais a frente, dela cuidaremos em pormenor.

Quando do julgamento da ADIn 449-DF¹², de que fui relator, sustentei que a Constituição recebeu a Lei nº 4.595, de 1964, como lei complementar, no que toca à organização, ao funcionamento e às atribuições do Banco Central. Todavia, no que diz respeito ao pessoal do Banco Central, assim não ocorre, dado que essa matéria não se inclui naquelas postas, expressamente, no inciso IV do art. 192 da Constituição.

Da mesma forma que a legislação que diga respeito ao pessoal do Banco Central não pode ser considerada lei complementar, porque não diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional e nem se inclui, expressamente, nos incisos I a VIII do art. 192, também não se pode afirmar que os direitos dos consumidores de produtos financeiros e serviços bancários estariam inscritos no citado art. 192 e incisos, da Constituição Federal.

8. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR NAS ATIVIDADES BANCÁRIAS E FINANCEIRAS

Considerável parte da doutrina é no sentido da incidência do Código de Defesa do Consumidor nas atividades bancárias e financeiras. Assim, por exemplo, o magistério de Cláudia Lima Marques¹³, Newton De Lucca¹⁴, Antônio Carlos Efigê¹⁵, Nelson Néry Júnior¹⁶, Fábio Zabet Holthausen¹⁷,

¹² RTJ 162/420.

¹³ Cláudia Lima Marques, “Sociedade de informação e serviços bancários: primeiras observações”, **Rev. de Dir. do Consumidor**, 39/49; “Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos e instituições que arrecadam a poupança popular”, **Rev. dos Tribs.**, 760/108; “Contratos bancários em tempos pós-modernos - primeiras reflexões”, **Rev. do Dir. do Consumidor**, 25/19.

¹⁴ **Direito do Consumidor**, Edipro, 2ª ed., 2000, p. 112/128; “A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária”, **Rev. do Instituto dos Advogados de São Paulo**, 2/158.

¹⁵ “Sistema Financeiro e o Cód. do Consumidor”, **Rev. de Dir. do Consumidor**, 17/65; “Responsabilidade civil do agente bancário e financeiro, segundo as normas do Cód. de Defesa do Consumidor”, **Rev. de Dir. do Consumidor**, 18/105.

¹⁶ “Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo”, **Rev. de Dir. Privado**, 5/192.

¹⁷ “Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias”, **AJURIS**, março/98, v. II/704.

Ulisses César Martins de Souza¹⁸, José Cretella Júnior¹⁹, René Ariel Dotti²⁰, Renata Macheti Silveira²¹, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior²², Luiz Rodrigues Wambier²³, Giacommo Rizzo e Henrique Afonso Pipolo²⁴, Márcio Mello Casado²⁵, Élcio Trujillo²⁶, Sérgio Cavalieri Filho²⁷, Arruda Alvim²⁸, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva²⁹, José Geraldo Brito Filomeno³⁰, Luiz Antônio Rizzato Nunes³¹, Werson Rêgo e Oswaldo Rêgo³².

José Geraldo Brito Filomeno, retrocitado, exclui da relação de consumo os tributos, “*que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária*”³³. Neste sentido, aliás, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 195.056-PR, de que fui relator. O acórdão ainda não foi publicado, porque há notas taquigráficas retidas em gabinete. Já elaborei, entretanto, a ementa para o acórdão, que tem o seguinte teor:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. LEI Nº 7.374, DE 1985, ART. 1º, II, E ART. 21, COM A REDAÇÃO

¹⁸ “O conceito de consumidor na Lei 8.078/90 e sua aplicação aos contratos bancários”, **Rev. Jurídica**, 269/69.

¹⁹ **Comentários ao Código do Consumidor**, Forense, 1992, p. 16.

²⁰ **Comentários ao Código do Consumidor**, p. 16.

²¹ “As instituições financeiras e sua condição de fornecedoras de serviços sob a disciplina do Cód. de Defesa do Consumidor”, **Rev. Nacional de Direito e Jurisp.**, 8/14.

²² “Direito do Consumidor e Serviços Bancários e Financeiros - Aplicação do CDC nas Atividades Bancárias”, **Rev. de Dir. do Consumidor**, 27/7.

²³ “Os contratos bancários e o Cód. de Defesa do Consumidor - uma nova abordagem”, **Rev. dos Tribs.**, 742/57.

²⁴ “Aspectos da sujeição das instituições financeiras ao CDC”, **Repertório IOB**, nº 3/17649;

²⁵ **Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro**, Ed. R.T., v. 15/28.

²⁶ “A defesa do consumidor, a relação contratual bancária e o empresário financeiro”, **Rev. de Inf. Legislativa**, 132/143;

²⁷ **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros Ed., 3ª ed., p. 343 e 408 e segs.

²⁸ **Código do Consumidor Comentado**, Arruda Alvim *et alii*, Ed. R. T., 2ª ed., p. 38-39;

²⁹ **Código de Defesa do Consumidor anotado**, Saraiva, 2001, p. 9/10.

³⁰ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentários dos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover *et alii*, citado, p. 34.

³¹ **Comentários ao Cód. de Defesa do Consumidor**, Saraiva, 2000 (arts. 1º a 54), p. 98/99.

³² **O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico**, citado.

³³ José Geraldo Brito Filomeno, ob. cit., p. 34.

DO ART. 117 DA LEI N° 8.078, DE 1990 (CÓDIGO DO CONSUMIDOR); LEI N° 8.625, DE 1993, ART. 25. C.F., ARTIGOS 127 E 129, III.

I. - A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei n° 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei n° 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei n° 8.625, de 1993, art. 25.

*II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, **caput**, e art. 129, III.*

*III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei n° 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei n° 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei n° 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com 'interesses sociais e individuais indisponíveis.' (C.F., art. 127, **caput**).*

IV. - R.E. não conhecido.”

Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor não interfere com a sistemática da Lei 4.595, de 1964, recebida pela CF/88. Ao contrário, deixa expresso que esta, a Lei 4.595, não permite ações coletivas para a reivindicação de direitos individuais disponíveis. De outro lado, o fato de os bancos

lidarem com recursos de terceiros não representaria, a aplicação do Código, ofensa a direitos de outros consumidores. Ora, as instituições financeiras obtêm recursos no mercado, mediante remuneração - essa é a regra - e repassam esses recursos, como fornecedores, aos consumidores de produtos financeiros, auferindo lucro. Vale registrar, no ponto, a lição de Márcio Mello Casado, a dizer que os bancos são obrigatoriamente organizados sob a forma de sociedades anônimas, o que lhes confere a condição de comerciantes³⁴.

Em suma, a defesa do consumidor constitui princípio constitucional, que se realiza mediante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pela Constituição, ADCT, art. 48. Esse diploma legal, o Código de Defesa do Consumidor, não interfere com o Sistema Financeiro Nacional, art. 192 da Constituição, em termos institucionais, já que o Código limita-se a proteger e defender o consumidor, o que não implica, repete-se, interferência no Sistema Financeiro Nacional. Protegendo e defendendo o consumidor, realiza o Código o princípio constitucional. Atualmente, o Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei 4.595/64, recebida pela C.F./88 como lei complementar naquilo em que ela regula e disciplina o Sistema, não existindo entre aquela lei e a Lei 8.078, de 1990 - Cód. de Defesa do Consumidor - antinomias. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se às atividades bancárias da mesma forma que a essas atividades são aplicáveis, sempre que couber, o Cód. Civil, o Cód. Comercial, o Código Tributário Nacional, a Consolidação das Leis Trabalhistas e tantas outras leis.

9. A NORMA DO § 2º DO ART. 3º DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU DA PROPORCIONALIDADE

A alegação no sentido de que a norma do § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90 - “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*” - seria desarrazoada, ou ofensiva ao princípio da proporcionalidade, porque estaria tratando as entidades bancárias da mesma forma como trata os demais fornecedores de produtos e serviços, assim violadora de devido processo legal em termos substantivos - C.F., art. 5º, LIV - não tem procedência. Desarrazoado seria se o Código de Defesa do

³⁴ Ob. e loc. cits.

Consumidor discriminasse em favor das entidades bancárias. Aí, sim, porque inexistente fator justificador do *discrímén*, teríamos norma desarrazoada, ofensiva, por isso mesmo, ao *substantive due process of law*, que hoje integra o Direito Constitucional positivo brasileiro (C.F., art. 5º, LIV).

10. A QUESTÃO DOS JUROS APLICÁVEIS ÀS OPERAÇÕES BANCÁRIAS: O § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Merece reflexão maior a questão dos juros aplicáveis às operações relativas às atividades bancárias, tendo em vista o que está disposto no § 3º do art. 192 da Constituição, a estabelecer que as “*as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano*” e que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4-DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, decidiu não ser auto-aplicável, porque dependente da lei complementar referida no **caput** do art. 192, pelo que declarou constitucionais o parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central, “*o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional*”³⁵.

Assim a ementa do acórdão da mencionada ADIn 4-DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, no ponto que interessa:

“EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Taxa de juros reais até doze por cento ao ano (parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal). (omissis)

***MÉRITO:** eficácia imediata, ou não, da norma do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal, sobre a taxa de juros reais (12% ao ano). (omissis)*

*...Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no **caput**, nos seus incisos e parágrafos, não é de se*

³⁵ RTJ 147/719.

*admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do **caput**, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.*

...Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional. ...Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos.”

Essa questão, a dos juros reais de 12% ao ano, porque expressamente referida no art. 192, § 3º, da Constituição, por isso mesmo integrante do Sistema Financeiro Nacional, e porque considerada não de eficácia plena, ou não auto-aplicável, pelo Supremo Tribunal, na citada ADIn 4-DF, põe-se fora do alcance do Código de Defesa do Consumidor.

Quando do julgamento da ADIn 4-DF, fui voto vencido. Este o voto que proferi:

*“Senhor Presidente, os que sustentam que a norma do § 3º do art. 192 da Constituição é meramente programática, assim o fazem, ao que apreendi, sobre dois fundamentos: a) a eficácia do § 3º do art. 192 estaria condicionada à edição da Lei Complementar referida no **caput** do art. 192; enquanto essa lei não vier a lume, a norma do citado § 3º do art. 192 é de eficácia limitada, declaratória de princípios programáticos; b) a locução*

'taxa de juros reais' não teria sido definida juridicamente, o que impediria a imediata aplicação da norma limitadora dos juros.

Examinemos esses argumentos.

Os estudiosos de hermenêutica constitucional ensinam que as normas constitucionais que contenham vedações, proibições ou que declarem direitos são, de regra, de eficácia plena. Assim, no Brasil, contemporaneamente, a lição de José Afonso da Silva³⁶, na linha, aliás, da doutrina e da jurisprudência americanas, que Rui Barbosa expôs, admiravelmente. Em voto que proferi neste Plenário, disse eu que a regra que vem do Direito americano é esta: as normas constitucionais que veiculam declarações de direito, imunidades e vedações são, de regra, auto-executáveis. Assim a lição de Rui:

'As proibições constitucionais e as declarações de direitos articuladas nas Constituições adicionam os arestos americanos, como dotadas, igualmente, de vigor imediato e anterior a qualquer explanação legislativa, as isenções constitucionalmente decretadas. 'Exemptions may be regarded as prohibitions' (16 L.R.A., 284, not.)³⁷.

Thomas M. Cooley resume a jurisprudência americana a respeito do tema:

'Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (self-executing), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei³⁸.

³⁶ José Afonso da Silva, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, R.T., 2ª ed., 1982, p. 89.

³⁷ Rui Barbosa, **Comentários à Constituição Brasileira**, coligidos por Homero Pires, 1933, II/485.

³⁸ T. Cooley, **Treatise on the Constitutional Limitations**, ap. Rui Barbosa, ob. e loc. cit., p. 495..

Celso Antônio Bandeira de Mello, escrevendo sobre a 'Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social', registrou que o critério classificador da eficácia é a consistência e amplitude dos direitos imediatamente resultantes para os indivíduos³⁹.

O § 3º do art. 192 da Constituição, Senhor Presidente, contém, sem dúvida, uma vedação. E contém, de outro lado, um direito, ou, noutras palavras, ele confere, também, um direito, um direito aos que operam no mercado financeiro. Em trabalho doutrinário que escreveu sobre a taxa de juros do § 3º do art. 192 da Constituição, lecionou o Desembargador Régis Fernandes de Oliveira:

*'Percebe-se, claramente, que a norma constitucional gerou um **direito** exercitável no círculo do sistema financeiro, criador de uma limitação. Está ela plenamente delimitada no corpo da norma constitucional, independentemente de qualquer lei ou norma jurídica posterior. Bem se vê que 'as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano...' Segue a redação após o ponto e vírgula estabelecendo que o descumprimento do preceito será estabelecido em lei (ordinária, porque definidora de infração penal).*

O desfrute de tal limitação constitucional àqueles que lidam no mercado financeiro (qualquer do povo) é imediato. A limitação aos que operam no sistema, emprestando dinheiro é imediata. Do direito de um nasce a obrigação do outro. A relação jurídica intersubjetiva que se instaura gera a perspectiva do imediato desfrute da limitação imposta'.⁴⁰

Contém, já falamos, o citado § 3º, do art. 192, da Constituição, uma vedação: 'as taxas de juros reais, nelas incluídas das comissões e quaisquer outras remunerações direta ou

³⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social", RDP, 57-58/233

⁴⁰ Régis Fernandes de Oliveira, "Taxa de Juros", inédito.

indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano'. Porque ela é uma norma proibitória ou vedatória, ela é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou é ela uma norma auto-aplicável. E porque confere ela, também, um direito aos que operam no mercado financeiro, também por isso a citada norma é de eficácia plena. Não me refiro, evidentemente, à segunda parte do § 3º do art. 192, que sujeita a cobrança acima do limite a sanções penais, porque esse dispositivo não precisa ser trazido ao debate.

Mas não é só por isso, Senhor Presidente, que me convenci de que o citado dispositivo constitucional é auto-aplicável. Há mais: As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias. Leciona José Afonso da Silva que, 'hoje, prevalece entendimento diverso. A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições'⁴¹. Nem poderia ser de outra forma. É que o legislador constituinte não depende do legislador ordinário. Este é que depende daquele. Então, o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica. Esses métodos ou processos de integração são conhecidos: a analogia, que consiste na aplicação a um caso não previsto por norma jurídica uma norma prevista para hipótese distinta, porém semelhante à hipótese não contemplada; o costume; os princípios

⁴¹ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 76.

gerais de direito e o juízo de equidade, que se distingue da jurisdição de equidade. De outro lado, pode ocorrer que uma norma constitucional se refira a instituto de conceito jurídico indeterminado. Isto tornaria inaplicável a norma constitucional? Não. É que a norma dependeria, apenas, de 'interpretação capaz de precisar e concretizar o sentido de conceitos jurídicos indeterminados', interpretação que daria à norma 'sentido operante, atuante', ensina o Professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, com a sua peculiar acuidade jurídica⁴². É o caso da 'taxa de juros reais' inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função jurisdicional. Busco, novamente, a lição de J.C. Barbosa Moreira a dizer que 'todo conceito jurídico indeterminado é suscetível de concretização pelo juiz, como é o conceito de boa-fé, como é o conceito de bons costumes, como é o conceito de ordem pública e tantos outros com os quais estamos habituados a lidar em nossa tarefa cotidiana'⁴³.

Não seria procedente, portanto, o segundo argumento dos que entendem que o § 3º do art. 192 não é auto-aplicável: a locução 'taxa de juros reais' não teria sido definida juridicamente, o que impediria a imediata aplicação da norma limitadora dos juros. Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴ registra que 'a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força do que à Constituição, pois deixaria sem resposta a seguinte pergunta: de onde a lei sacou a base significativa para dispor do modo em que o fez, ao regular o alcance do preceito constitucional? É puramente ideológica e não científica a tese que

⁴² José Carlos Barbosa Moreira, "Mandado de Injunção", in **Estudos Jurídicos**, Rio, 1991, p. 41.

⁴³ J.C. Barbosa Moreira, ob. e loc. cit.

⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. e loc. cit.

faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluidos.’ Cita, a seguir, em abono da tese, lição de Garcia de Enterría⁴⁵: ‘La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (que, no obstante su nombre, um tanto general, son conceptos de valor ou de experiencia utilizados por las Leyes) es común a todas las esferas del Derecho. Así en el Derecho Civil (buena fé, diligencia del buen padre de familia, negligencia, etc.), o en el Penal (nocturnidad, alevosia, abusos deshonestos, etc.), o en el Procesal (dividir la continuencia de la causa, conexión directa, pertinencia de los interrogatorios, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio irreparable etc.) o en Mercantil (interés social, sobrecimiento general en los pagos, etc.)’ e conclui Celso Antônio Bandeira de Mello:

‘Ora bem, se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos - o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação - por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o Poder Legislativo disponha sobre a matéria para, só então, considerado Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matéria de liberdades públicas ou de direitos sociais?’⁴⁶

O Professor Eros Roberto Grau cuidou, também, do tema e anotou que ‘a linguagem jurídica, toda ela, apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa’, convindo acentuar, entretanto, ‘que não há conceitos indeterminados, mas sim conceitos cujos termos são indeterminados’ e que ‘ao Poder Judiciário, em última instância, compete operar a determinação desses conceitos’⁴⁷.

No que toca ao conceito de juro real, acrescenta Eros Grau, em trabalho específico sobre a questão dos juro reais, que ‘toda

⁴⁵ E. Garcia de Enterría, **Curso de Derecho Administrativo**, Civitas, Madri, 1974, I/293-294.

⁴⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. e loc. cit.

⁴⁷ Eros Roberto Grau, **Direito, conceitos e normas jurídicas**, p. 184-186.

a gente sabe - não é preciso ser economista para tanto - que juros reais são as quantias que ultrapassam o volume de inflação no período de sua contagem, delas descontadas incidências tributárias, as tarefas admitidas pelo Banco Central e as parcelas atribuídas a juros de mora⁴⁸.

E, no rumo do que linhas atrás ficou exposto, conclui que, 'a dar-se crédito ao entendimento de que não tem aplicação o parágrafo 3º do art. 192 da Constituição, porque inexistente definição legal de juros reais', por idêntico motivo não teriam aplicação outros preceitos constitucionais de conceitos também imprecisos, como 'tratamento desumano ou degradante' (art. 5º, III), 'iminente perigo público' (art. 5º, XXV), 'consumidor' (art. 5º, XXXII), 'contraditório e ampla defesa' (art. 5º, LV)⁴⁹.

Essas considerações, Senhor Presidente, me parecem acertadas. Na verdade, a imprecisão das palavras inscritas na Constituição não lhes retira a aplicabilidade, como bem anotou o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, no trabalho mencionado. É que a concretização desses conceitos cabe ao juiz, é uma tarefa nossa.

A formulação do conceito de juros reais ou a concretização desse conceito não oferece, ao que penso, maiores dificuldades. Juros reais diferem de juros nominais. Os juros reais constituem efetiva ou real remuneração do capital. Assim, incidem eles sobre o capital corrigido monetariamente, por isso que a doutrina e a jurisprudência já estabeleceram que a correção monetária não constitui acréscimo, sendo mera atualização do capital. Em outras palavras, os juros reais são juros deflacionados, são os juros que se calculam desprezando-se a parcela referente à correção monetária.

Li, com o cuidado que se requer, e tendo em vista a responsabilidade que temos, cada um de nós, como juiz da Corte Suprema, os inúmeros pareceres que nos foram oferecidos, estando quase todos eles publicados na RDP 88 e 89. Na RDP

⁴⁸ Eros Roberto Grau, **As Normas Constitucionais Programáticas**, in **A Luta contra a Usura**, Ed. Graal, p. 37-49.

⁴⁹ Eros Roberto Grau, ob. e loc. citis.

88 estão os pareceres de Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, José Frederico Marques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (RDP 88, págs. 147 e segs.) Na RDP 89, encontram-se os pareceres de Rosah Russomano (pág. 63 e segs.), José Alfredo de Oliveira Baracho (págs. 71 e segs.) e Cid Heráclito de Queiroz (págs. 246 e segs.). A RDP 91 voltou a publicar o parecer do Prof. Caio Tácito (págs. 236 e segs.). São trabalhos jurídicos, todos eles, do melhor nível e fazem justiça à fama de que gozam esses eminentes juristas. Detive-me, especialmente, sobre o parecer do Prof. Caio Tácito, no ponto em que o eminente publicista, examinando o conceito jurídico de juros reais e sustentando que esse conceito é de difícil formulação, invoca, em apoio de sua conclusão, a lição de Irving Fischer, economista que escreveu, em 1930, obra que é considerada clássica - 'A Teoria do Juro', e que foi traduzida no Brasil. Escreveu o Prof. Caio Tácito: 'Em verdade, não há, em nosso Direito Positivo, um conceito de juros reais, que somente ingressa na terminologia legal com o advento do § 3º do art. 192 da nova Constituição. Irving Fischer, em obra clássica de 1930 (na qual desenvolveu a teoria do juro expressa no início do século), vulgarizou a distinção entre o juro monetário e o juro real: 'Se o padrão monetário fosse sempre estável em relação aos bens, a taxa de juro, calculada em termos do dinheiro, seria a mesma como se calculada em termos de bens. Quando, porém, o dinheiro e os bens mudam em relação um ao outro - em outras palavras, quando o padrão monetário valoriza ou desvaloriza em termos de bens - os números que expressam as duas taxas de juro, uma calculada em termos de dinheiro e outra calculada em termos de bens, serão um tanto diferentes. Além do mais, a primeira, ou a taxa monetária, a única cotada no mercado, será influenciada pela valorização ou desvalorização⁵⁰.

A complexidade do conceito dos juros reais estaria, está-se a ver, na instabilidade do padrão monetário. O Prof. Caio Tácito, aliás, registra que a advertência de Fischer 'antecipa o reconhecimento da correção monetária como um processo de

⁵⁰ Caio Tácito, Parecer, O Art. 192 de Constituição Federal e seu parágrafo 3º, RDP 88/151.

*atualização do poder aquisitivo da moeda aviltada pelo efeito da inflação*⁵¹. Ora, certo é que, na quadra atual, temos o mecanismo da correção monetária, que atualiza a moeda, correção aceita tanto pelo Governo quanto pelos entes privados, comerciantes, empresários e por todos os que lidam no mercado financeiro. Sendo assim, e porque afirmamos que juro real é o juro nominal deflacionado, perderia sentido o fator que emprestaria complexidade à formulação do conceito de juro real. Em *Ciência Econômica*, registra o Juiz Sérgio Gischkow Pereira, forte em Antônio Carlos Marques de Matos⁵², ‘os vocábulos ‘valor nominal’ e ‘valor real’ são assim definidos: valor nominal é o valor tal e qual se apresenta; o valor real é o nominal deflacionado (se houver inflação), ou inflacionado (se houver deflação).’ E acrescenta o Juiz Gischkow, alicerçado no magistério de Paul Singer⁵³: ‘Dentro desta visão, a taxa de juros reais não é apenas constituída pelo juro puro ou básico, compreendido como remuneração pela renúncia à liquidez, mas abrange o elemento de risco e os custos da transação ou remuneração do intermediário⁵⁴.

*Parece-me, Senhor Presidente, que somos fiéis à Constituição quando afirmamos que a taxa de juros reais, segundo está no § 3º do art. 192, é mesmo o juro nominal deflacionado; ou é o juro que se obtém a partir do capital corrigido monetariamente. Esse juro nominal deflacionado remunerará o capital e os custos permitidos, incluindo-se, evidentemente, os tributos que têm como contribuinte de direito o prestador do dinheiro. Os tributos de que o tomador do empréstimo for o contribuinte **de jure** não estariam contidos no conceito de juros reais.*

Ontem, Senhor Presidente, no discurso que fiz, nesta Corte, em memória do Ministro Adalício Nogueira, ressaltei a importância do

⁵¹ Caio Tácito, ob. e loc. citis.

⁵² Sérgio Gischkow Pereira, **A Inflação Brasileira**, Vozes, 1987, p. 74.

⁵³ Paul Singer, **Curso de Introdução à Economia Política**, Forense, 11ª ed., 1987, p. 105-107.

⁵⁴ **A Luta contra a Usura**, cit., p. 64.

método sociológico ou do elemento político-social na interpretação, de que Holmes, Benjamin Cardozo e Roscoe Pound foram grandes expositores, os dois primeiros na Corte Suprema americana e o terceiro, na doutrina, especialmente na Filosofia do Direito.

Vale, Senhor Presidente, a invocação do elemento político-social na interpretação do § 3º do art. 192 da Constituição. O eminente advogado do autor da ação direta expôs da tribuna elementos políticos, sociológicos, que nós, juízes, sabemos que existem e que não podem ficar ao largo da questão quando o Supremo Tribunal, Corte Constitucional, profere um julgamento que tem muito de político, político, evidentemente, no exato sentido da palavra, no sentido grego do vocábulo.

Nós sabemos, Senhor Presidente, que as taxas de juros que estão sendo praticadas, hoje, no Brasil, são taxas que nenhum empresário é capaz de suportar. Nós sabemos que o fenômeno que se denomina, pitorescamente, de ‘ciranda financeira’, é que é a tônica, hoje, do mercado financeiro, engordando os lucros dos que emprestam dinheiro e empobrecendo a força do trabalho e do capital produtivo. Tudo isso eu devo considerar e considero, Senhor Presidente, quando sou chamado, como juiz da Corte Constitucional, a dizer o que é a Constituição. Também esses elementos, Senhor Presidente, levam-me, interpretando o § 3º do art. 192 da Constituição de 1988, a emprestar-lhe aplicabilidade imediata, eficácia plena. Com essas considerações, peço vênias ao eminente Ministro Sydney Sanches, cujas opiniões temos o costume de respeitar, para divergir, aqui, de S. Exa.. E, divergindo, declaro a inconstitucionalidade do ato normativo objeto da ação.

Julgo, portanto, procedente a ação direta.”

Fui voto vencido no citado julgamento, repito. Devo, entretanto, respeitar e acolher o decidido pela Corte Suprema. Por isso, estou em que é necessário emprestar à norma inscrita no § 2º do art. 3º da Lei 8.078, de 1990 - “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” - interpretação conforme a Constituição, para dela afastar a exegese que nela inclua a taxa dos juros das operações bancárias, ou sua

fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional - C.F., art. 192, § 3º - tendo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4-DF, decidido que o citado § 3º do art. 192, da Constituição Federal não é auto-aplicável, devendo ser observada a legislação anterior à C.F./88, até o advento da lei complementar referida no **caput** do mencionado art. 192, da Constituição Federal.

11. CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo, podemos formular as seguintes conclusões:

I. - A defesa do consumidor, na linha da expansão do fenômeno mundial do “consumerismo”, ganhou, no Brasil, com a C.F./88, **status** de princípio constitucional: C.F., art. 170, V, que encontra embasamento em diversos preceitos da C.F.: art. 5º, XXXII; art. 24, VIII; art. 150, § 5º; art. 175, parágrafo único, II; ADCT, art. 48.

II. - O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990, encontra fundamento na Constituição, regula ele um princípio constitucional - a defesa do consumidor - e foi editado por expressa determinação constitucional - ADCT, art. 48 - que fixou prazo ao legislador ordinário para a sua elaboração.

III. - Aplicabilidade do Cód. de Defesa do Consumidor às atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária: Cód. de Defesa do Consumidor, § 2º do art. 3º.

IV. - A C.F./88 recebeu a Lei 4.595, de 1964, como lei complementar, no que toca à organização, ao funcionamento e às atribuições do Banco Central e no que cuida ela do que está disposto no art. 192, incisos I a VIII e §§ do art. 192, C.F., vale dizer, no que diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional, em termos institucionais.

V. - Juros reais de 12% ao ano: C.F., art. 192, § 3º; ADIn 4-DF: não auto-aplicabilidade da disposição inscrita no § 3º do art. 192, C.F. Questão que diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional. Interpretação conforme à Constituição que se empresta à norma inscrita no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.078/90 - “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” - para desta norma afastar a exegese que nela incluía a taxa dos juros das operações bancárias, ou sua fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional - C.F., art. 192, § 3º - tendo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4-DF, decidido que a norma do citado § 3º do art. 192, não é auto-aplicável, devendo ser observada a legislação anterior à C.F./88, até o advento da lei complementar referida no **caput** do mencionado art. 192, C.F. ◆