

© 2003 by EDITORA ATLAS S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Style Up

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Simão, José Fernando

Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor / José Fernando Simão. -- São Paulo : Atlas, 2003.

Bibliografia.

ISBN 85-224-3480-8

1. Consumidores – Leis e legislação – Brasil 2. Direito Civil –
Legislação – Brasil 3. Responsabilidade (Direito) – Brasil 4. Vícios
do produto – Brasil I. Título.

03-0946

CDU-34:658.588

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Vícios do produto : Direito 34.658.588

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Elementos da Relação de Consumo

Conforme vimos anteriormente, se a relação de consumo for decomposta, analisando-se cada um de seus elementos, temos que o consumidor e o fornecedor são seus sujeitos, enquanto o serviço e o produto são seus objetos.

Passemos agora a abordar cada um dos elementos definidores da relação de consumo.

4.1 QUANTO AOS SUJEITOS

4.1.1 Consumidor

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 2º, que “consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos e serviços como destinatário final” e que se equipara a “consumidor a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis que haja intervindo nas relações de consumo”.

JOSÉ GERALDO DE BRITO FILOMENO,¹ ao comentar o dispositivo supra, começa a delimitar o conceito de consumidor para o direito pátrio:

“O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a pres-

¹ FILOMENO, José Geraldo de Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 25.

tação 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 atividade negocial.”

Assim, a opção do legislador brasileiro ao definir consumidor é bastante objetiva, contrapondo-se às definições subjetivas segundo as quais consumidor é aquele “*não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal*”.² Isso ocorre porque a lei determina a conduta do sujeito, e não suas características subjetivas, para encará-lo como consumidor, isto é, o destinatário final.

O conceito legal afastou-se da idéia sociológica (relacionada à categoria ou à classe social daquele sujeito), bem como do conceito psicológico (relacionado a critérios e razões que levam ao ato do consumo). Restringiu-se ao conceito econômico.

Em linhas gerais, podemos afirmar que o Código de Defesa do Consumidor tem quatro definições de consumidor: (a) toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final (art. 2º, *caput*); (b) coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único); (c) vítima do evento danoso, na responsabilidade por acidente de consumo (art. 17); (d) todas as pessoas, determinadas ou não, expostas às práticas previstas no Capítulo V do Título I (Das Práticas Comerciais).

Para o desenvolvimento do presente livro, cujo objeto é o estudo dos vícios do produto, os conceitos referentes às vítimas do evento danoso (responsabilidade pelo fato do produto), bem como às práticas comerciais em geral, serão descartados e fixaremos a idéia de consumidor como destinatário final. Esses terceiros que podem ser vítimas ou estar expostos à relação de consumo não se encaixam no conceito de consumidor *stricto sensu*, baseado na idéia de destinatário final.

A questão do vício do produto atinge apenas o consumidor que esteja na qualidade de adquirente do fornecedor, ou seja, esse consumidor *stricto sensu*. Apenas esse consumidor poderá exercer os direitos previstos nos arts. 18 ss do Código de Defesa do Consumidor, e é certo que a coletividade de pessoas e todos os expostos às práticas comerciais contam com outras espécies de proteção das quais se mencionam algumas: obrigação do fornecedor de prestar informações precisas sobre seu produto (art. 30); a oferta veiculada obriga o fornecedor (art. 30); as informações contidas na oferta e apresentação do produto devem ser expressas em língua portuguesa e com riqueza de detalhes (art. 31); obrigação do fornecedor de garantir a reposição de componentes e peças enquanto não cessar a

2 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* Op. cit. p. 66.

fabricação do produto; e, mesmo após cessada, de oferecer tais peças por período razoável de tempo (art. 32).

Bem esclarece essa questão RIZZATTO NUNES,³ pois a definição de consumidor começa no individual, mais concreto (é essa definição que nos interessa), e termina no geral, mais abstrato. Assim, o art. 2º aponta para o consumidor que adquire concretamente um produto. Esse consumidor conta com a proteção concreta referente aos vícios do produto. Os demais consumidores, verdadeiros entes abstratos (art. 29), contarão com as proteções genericamente definidas pelo Código de Defesa do Consumidor. E tais regras de proteção não serão objeto do presente livro.

Problema proposto pela doutrina que vem sendo enfrentado pela jurisprudência é a exata definição da locução “destinatário final” constante do texto legal.

Se adotada a definição de destinatário final sob a óptica puramente subjetiva, ou seja, de acordo com a pessoa dos contratantes, a questão seria resolvida sem qualquer problema, pois todos os contratos celebrados entre dois profissionais estariam excluídos do alcance do Código de Defesa do Consumidor e regidos pelos demais diplomas. Mas a questão se propõe, e é relevante, levando-se em conta que a doutrina e a jurisprudência têm atribuído à locução “destinatário final” conceito mais relacionado ao ato objetivo: retirar o bem do mercado.

Duas correntes distintas tentaram explicar a expressão e acabaram criando as chamadas teorias **finalista** e **maximalista**, detalhadamente descritas por CLÁUDIA LIMA MARQUES.⁴ De maneira sucinta, poderíamos dizer que os **finalistas** observam que ser destinatário final não significa pura e simplesmente retirar o bem do mercado, levando-o para casa ou para o escritório. Ser destinatário final é retirar o bem do mercado e não aplicá-lo novamente na produção, ou seja, não utilizá-lo para gerar proveitos econômicos, lucros, pois, nessa hipótese, estaríamos diante de mero insumo da produção. O Código de Defesa do Consumidor tutelaria, portanto, apenas os direitos de um grupo mais vulnerável da sociedade, o consumidor não profissional. A explicação é simplesmente teleológica.⁵

Os **finalistas** entendem que o Código de Defesa do Consumidor deve proteger apenas os que efetivamente necessitam de proteção, ou seja, as pessoas vul-

3 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material* (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78.

4 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos ...* Op. cit. p. 67.

5 O conceito de consumidor preconizado por HERMAN BENJAMIN está de acordo com a teoria finalista: “Para nós, modestamente, consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informações colocados a sua disposição por comerciantes ou qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissional” (conceito jurídico de consumidor. *RT*, São Paulo, nº 628, p. 69-79, fev. 1988).

neráveis, conceito esse que explicaremos detalhadamente. A proteção dos vulneráveis e somente destes garante uma proteção mais efetiva; os profissionais-consumidores já estariam protegidos pelas normas de direito comum.

Já os **maximalistas** entendem que o Código de Defesa do Consumidor é um código geral sobre o consumo e a expressão *destinatário final* deve ser interpretada da maneira mais extensiva possível, possibilitando a aplicação do Código a um número cada vez maior de relações jurídicas, diminuindo, portanto, sensivelmente, as relações de direito comum abrangidas pelo Código Civil e demais diplomas. Para os adeptos dessa teoria, a objetividade da expressão seria pura, ou seja, bastaria retirar o produto do mercado e consumi-lo para que estivessemos diante de um consumidor. Pouco interessaria se aquele que retirou o produto do mercado utilizou-o como matéria-prima em sua linha de produção, auferindo lucros com tal operação.

Para os **maximalistas**, o profissional-consumidor é considerado consumidor e, portanto, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, entendem os maximalistas que o médico que adquire um estetoscópio para examinar seus pacientes e a empresa de transportes que adquire veículos para desenvolver suas atividades também são consumidores.

Enquanto a primeira teoria leva em consideração a vulnerabilidade do consumidor, a segunda doutrina despreza tal característica subjetiva do agente.

A experiência do direito comparado mostra-nos que, enquanto na França a Lei nº 78-23 preconizava um conceito de consumidor com a exclusão do profissional-consumidor, posição essa posteriormente abrandada pela jurisprudência, que aceitou a idéia do consumidor-profissional para os que adquiriam bens sem conhecimentos técnicos especiais e fora de seu ramo de atividade, já a lei alemã optou por regular as relações entre profissionais ou comerciantes, protegendo a parte mais fraca.⁶

Como forma de solução do antagonismo criado pelas duas teorias que se propõem solucionar o mesmo problema de formas absolutamente contrárias, seguimos a sugestão de CLÁUDIA LIMA MARQUES,⁷ que, de maneira indireta, é acompanhada por JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO,⁸ considerando a intenção do Código de Defesa do Consumidor como meio eficaz de proteção da parte vulnerável. Exatamente essa é a parte que necessita da legislação especial para evitar os desequilíbrios gerados pelas características inerentes às partes. Não se trata, portanto, de contrato celebrado entre pares, pois tal paridade restou superada pela evolução histórica das relações humanas.

6 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* Op. cit. p. 144-145.

7 MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 72.

8 BRITO FILOMENO, José Geraldo. *Código...* Op. cit. p. 25.

Assim, **consumidor final é o que retira o bem do mercado (destinatário final fático), colocando um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e que tem como característica subjetiva a vulnerabilidade.** Exclui-se da definição aquele que utiliza o bem na produção, que o transformará para, então sim, oferecê-lo ao consumidor.⁹

Cabe ressaltar que as expressões *vulnerabilidade* e *hipossuficiência* não se confundem. Enquanto a vulnerabilidade é inerente a todos os consumidores (art. 4º, I), a hipossuficiência, que enseja a inversão do ônus da prova, está relacionada a certos consumidores específicos. Vale transcrever parte da sentença publicada no *Caderno Jurídico da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 4, mar./abr. 2001, p. 35, da lavra do Juiz Airton Pinheiro de Castro:

“É dizer, a hipossuficiência corresponde à característica restrita aos consumidores que, além de presumivelmente vulneráveis, vêm-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou, como ocorre com freqüência, ambas (ARRUDA ALVIM et alii, ob. cit., p. 45, nota 7). ‘A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores’ (cf. Código de Defesa do Consumidor Comentado, ADA PELLEGRINI GRINOVER et alii Forense Universitária, 2ª edição, p. 224/225).”

⁹ Em recente decisão (Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, j. 1º-12-1999, Rel. Min. Maurício Corrêa, publicada na *Revista de Direito do Consumidor*, nº 34, p. 253-263), o Supremo Tribunal Federal decidiu dar **interpretação finalista** ao art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. A questão envolvia duas empresas que firmaram contrato para aquisição de algodão. Em defesa, a compradora brasileira alegou nulidades de cláusulas contratuais limitadoras de seus direitos de consumidora, com base no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que a compradora, empresa do ramo de tecelagem, utilizaria o mencionado algodão para a confecção de seus produtos. O acórdão foi claro em repudiar a condição de consumidora: “De igual forma, o laudo exarado pela Liverpool Cotton Association Ltd. nada tem a ver com o Código Nacional de Defesa do Consumidor, para escusar-se a devedora da obrigação assumida, por não se aplicar à empresa importadora de produto destinado a consumidor final, conforme prevê o art. 2º, que define o consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Comenta a decisão CLÁUDIA LIMA MARQUES et al.: “O Supremo Tribunal Federal, no caso ora analisado, apoiou esta visão finalista do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Neste leading case, o STJ deixou bem claro que os bens e serviços usados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consumidor final, assim como comércio internacional de produção não está (sic) abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor e que a destinação final exigida pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor deve levar em conta as circunstâncias do caso” (Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do artigo 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 36, p. 233, out./dez. 2000).

RIZZATTO NUNES¹⁰ esclarece que a hipossuficiência prevista no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor é a técnica e não a econômica. É essa também a opinião de ANTONIO GIDI,¹¹ que define a hipossuficiência do consumidor como a inferioridade decorrente da desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade do fornecedor. E somente o desconhecimento técnico e informativo do produto, de suas propriedades e funcionamento por parte do consumidor, autorizaria a inversão do ônus da prova. Não se trata de proteção do mais pobre, pois essa se dá pela existência da Assistência Judiciária Gratuita.¹² Não se deve considerar o poderio econômico do consumidor, mas seu conhecimento técnico e de informação.

CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA,¹³ na tentativa de explicar a hipossuficiência, traz outro conceito que não diz respeito à questão econômica do consumidor ou mesmo a seus conhecimentos técnicos. Diz que se o consumidor for capaz de demonstrar a existência de alguma circunstância que dificulte extremamente sua tarefa de provar os fatos constitutivos de seu direito, estará caracterizada a hipossuficiência. Os indícios constantes nos autos apontam a ocorrência do fato que se pretende provar, mas há graves obstáculos em sua prova. HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁴ explica que, se há uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor desincumbir-se do ônus da prova, e estando o fornecedor em melhor condição para elucidar o evento danoso, estará caracterizada a condição de hipossuficiência.

Mesmo entendendo que o conceito de hipossuficiência não equivale à ausência de recursos financeiros, admitimos que, em muitos casos, haverá coincidência da condição de economicamente necessitado e de hipossuficiente, pois o consumidor merecedor dos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, em regra, terá grandes dificuldades em provar o alegado (obstáculos para ele intransponíveis) e não terá os conhecimentos técnicos e informações sobre o produto adquirido (hipossuficiência técnica).

10 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários...* Op. cit. p. 123.

11 GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 13, p. 33-41, jan./mar. 1995.

12 A opinião de ADA PELLEGRINI GRINOVER é de que a hipossuficiência decorre desse aspecto econômico, ou seja, aqueles que não podem arcar com os custos do processo serão sempre hipossuficientes. Tal conceito é emprestado do direito italiano. *Data venia*, não concordamos com a opinião, pois não se justificaria inversão do ônus da prova apenas para aqueles que fossem pobres na acepção jurídica da palavra (Lei nº 1.060/50). A hipossuficiência não guarda relação com a possibilidade de arcar com as custas do processo, mas com o conhecimento técnico que se tenha do produto que se está adquirindo.

13 MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 135.

Portanto, para o conceito de consumidor como destinatário final deve-se considerar a situação de vulnerabilidade e não de hipossuficiência, pois se todos os consumidores são certamente vulneráveis, *in abstracto*, nem todos são hipossuficientes, pois tal fato decorre da situação do consumidor *in concreto*.

Entretanto, cabem algumas ponderações a respeito do âmbito de aplicação da expressão **vulnerabilidade**, que não é unívoca e pode ser de três tipos: *técnica*, caso em que o comprador não tem conhecimento específico sobre o objeto que está adquirindo; *científica*, que é a falta de conhecimentos específicos de contabilidade e economia; *fática* ou *socioeconômica*, quando o fornecedor, por seu grande poder econômico, impõe sua superioridade, como ocorre nos casos de serviços essenciais.

Claro está que a vulnerabilidade característica do consumidor não é a científica nem a socioeconômica, mas sim a **técnica**. Isso porque o consumidor desconhece tecnicamente o objeto que está adquirindo. Um médico, ao adquirir um computador para seu consultório, certamente não estará objetivando sua transformação para nova venda, mas seu simples uso. Nesse caso, será considerado destinatário final fático e econômico do bem e preencherá a característica da vulnerabilidade técnica, pois se presume que não tem conhecimento específico sobre o objeto adquirido. Nesse ponto, discordamos da opinião de BRITO FILOMENO,¹⁵ que afirma não se tratar de consumidora final a empresa que adquire para seu escritório uma copiadora que venha a apresentar algum vício.

RIZZATTO NUNES¹⁶ diverge da opinião de BRITO FILOMENO e conclui que a empresa que adquiriu a copiadora é consumidora final e, portanto, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor. Mas, para tal conclusão, analisa a questão sob o ângulo do produto.

Ensina o autor que, toda vez que deparamos com bens de produção adquiridos por consumidor-profissional ou pessoa jurídica, necessária será a verificação sobre se tais bens são bens típicos de produção ou não. Assim, em sendo bens típicos de produção, ou seja, os que não são colocados no mercado em larga escala e não se encontram à disposição de todos para aquisição, a relação não será de consumo, mas de direito comum, pois o adquirente desses bens não poderá ser considerado destinatário final.

Já na hipótese de o bem de produção ser atípico, o que significa possa ser usado tanto na produção como em outras atividades não produtivas e, exatamente por isso, é vendido em larga escala e posto à venda em série no mercado de consumo, a relação será de consumo e o adquirente, na qualidade de destinatário final, estará protegido pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

15 BRITO FILOMENO, José Geraldo de. *Código brasileiro...* Op. cit. p. 30.

16 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários...* Op. cit. p. 82-83.

Para esclarecer a questão poderíamos dar alguns exemplos. Se uma pessoa jurídica compra de uma empresa de informática um *software* bastante específico e muito avançado de controle de produção, estoque, matéria-prima etc., essa empresa estará adquirindo um bem de produção típico, pois tal bem não é produzido em larga escala e não é acessível a todos na prateleira do mercado. Idêntica situação verifica-se quando uma montadora compra máquinas retificadoras para a produção de seus carros; ou quando um usineiro compra as máquinas para beneficiamento da cana-de-açúcar e sua transformação em álcool. Nessas hipóteses, os adquirentes não serão destinatários finais e o Código de Defesa do Consumidor não será aplicado.¹⁷

Entretanto, se um advogado dirigir-se a uma loja para adquirir microcomputadores, estaremos diante de um bem de produção atípico, já que o computador tanto poderá ser utilizado para elaboração de peças processuais e contratos, como poderá ser utilizado para confecção de cartas particulares a amigos, envio de mensagens eletrônicas para familiares e parentes, utilização da Internet como forma de diversão por meio de bate-papos. O mesmo ocorre com um médico que adquire algodão para seu consultório. O produto poderá ser utilizado com seus pacientes, mas também em sua casa com a família. Nessas hipóteses, em se tratando de bens de produção atípicos, o adquirente será destinatário final e a relação será de consumo.

Poderíamos entender que, quando o algodão adquirido pelo médico fosse utilizado por sua família, a relação seria de consumo e, se utilizado com os pacientes, seria de direito comum? Com relação aos bens de produção atípicos devemos observar que não seria lógico imaginar uma mesma pessoa (médico) diante de duas situações jurídicas distintas: uma relação de consumo e uma relação civil de

17 Bastante complexa é a discussão proposta por ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO em Parecer recente e não publicado, datado de 9 de abril de 2001, ao analisar a compra de um touro reprodutor por uma empresa, cujo objetivo era extrair sêmen do animal. Ao analisar a questão, chega o doutrinador à conclusão de que se trataria de relação de consumo, pois a compradora adquiriu o bem com o intuito de conservá-lo e utilizá-lo para si e não de revendê-lo. Havendo a intenção de conservar a coisa para si estamos diante do destinatário final. E, conclui o doutrinador, como o touro não é insumo de produção ou matéria-prima, certamente a compradora é consumidora final. Entretanto, discordamos da opinião esposada, em alguns aspectos, sendo a principal razão da discordância a relativa ao destino que se dará ao sêmen extraído do touro. Ora, a compradora irá revender o sêmen a terceiros, estes sim destinatários finais. E mais, há um claro intuito de lucro na aquisição do animal, que seria usado como forma de aumentar a rentabilidade da empresa. É um bem de produção, pois gera ganhos e aumento de capital. Por outro lado, falta ao touro a característica de bem de produção atípico, aquele que pode ser livremente adquirido no mercado por qualquer pessoa. Bem típico que é, torna clara a ocorrência de compra e venda de direito civil. Por fim, não há vulnerabilidade da compradora, pessoa jurídica que atua no ramo da agroindústria, e tem o conhecimento técnico necessário ao exercício de seu mister. Portanto, em nossa opinião a questão se resolveria no âmbito do direito civil, pois a compradora não pode ser considerada consumidora para fins da proteção garantida na Seção III referente aos vícios do produto.

direito comum – porque adquiriu um bem (pacotes de algodão) de um mesmo fornecedor (farmácia), mas o usou tanto em sua residência como em sua atividade profissional (consultório).

Claro está que a relação jurídica caracterizada na aquisição do bem, ou seja, a compra e venda, é uma só, pouco importando ao Código de Defesa do Consumidor o uso feito pelo adquirente do produto adquirido. RIZZATTO NUNES¹⁸ conclui suas idéias a respeito dos bens de produção típicos e atípicos, afirmando que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às relações que envolvem a aquisição de bens de produção atípicos, pois a lei tem por objetivo o controle dos produtos que são oferecidos em massa à sociedade de consumo. Esses produtos encontram-se à disposição da população, vendidos livremente, independentemente do uso que se fará deles.

Em conclusão, se todo consumidor não profissional é tecnicamente vulnerável e será sempre protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, o consumidor profissional, que em uma leitura mais rígida da expressão *destinatário final* estaria excluído do sistema protetivo (e. g., o advogado que compra um aparelho de fac-símile para seu escritório), poderá ser protegido também desde que seja clara sua vulnerabilidade técnica e, ainda, levando-se em conta que adquire bens de produção atípicos postos no mercado para serem consumidos por todos, independentemente do uso específico que deles se faça.¹⁹

Percebemos que a doutrina finalista hoje, decorridos mais de dez anos da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, já não se revela tão rígida como outrora ao determinar a abrangência da lei protetiva. A teoria finalista, espelhando-se no direito alienígena e, em especial, na jurisprudência francesa, está **mitigada**. Essa posição mais branda acaba por aceitar a idéia da vulnerabilidade como traço componente na definição de consumidor e acrescenta ao conceito puramen-

18 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários...* Op. cit. p. 84.

19 Bastante interessante foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em que se discutia, entre outras questões, se a relação entre a arrendante (instituição financeira) e a arrendatária (empresa de transporte), quando se firmou contrato de Arrendamento Mercantil sobre veículos utilizados pela arrendatária em sua atividade comercial, seria ou não de consumo. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito afirma que, “na relação jurídica entre as partes, a empresa recorrente é consumidora final porque a arrendadora fornece serviço de arrendamento à arrendatária e com isso esgota-se a prestação devida. O contrato entre elas está submetido ao Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que o arrendamento é serviço remunerado de locação de coisa com a alternativa de compra. O fato de o arrendamento destinar-se a bem que será utilizado pela arrendatária nas suas atividades comerciais não retira a configuração abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor”. Na hipótese, a empresa foi considerada destinatária final e portanto consumidora do serviço de arrendamento, que não se trata de simples compra e venda a prazo. Sendo consumidora de um serviço prestado pela instituição financeira, e não de um produto (veículos arrendados), considerou-se irrelevante a destinação que a arrendatária daria aos veículos (Recurso Especial nº 235.200/RS).

te objetivo (ato de consumo) a característica subjetiva (vulnerabilidade ou não daquele que adquire o produto).

A doutrina finalista, agora abrandada, parece realmente resolver melhor a questão. Ao adotar o conceito de consumidor, considerando suas características subjetivas e objetivas, o Código de Defesa do Consumidor cumpre sua função de proteger aqueles que efetivamente necessitam de proteção legislativa e segue os ditames da Carta Magna (art. 5º, inciso XXXII e art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias). Tem o Código de Defesa do Consumidor caráter de legislação excepcional e não de regra geral como pretendem os maximalistas. Do contrário, negar-se-ia a essência do Código de Defesa do Consumidor como microsistema jurídico que é.

Para regulamentação das relações de direito comum, frisemos, relações entre pares, iguais, sem a presença do consumidor, independentemente de ser civil ou comercial, já existem diplomas (Código Comercial,²⁰ leis extravagantes, Código Civil e demais leis), não havendo necessidade de nova legislação. Mesmo porque aplicar o Código de Defesa do Consumidor, que é bastante protecionista e restringe em muito a liberdade de contratar, às relações que não de consumo, em que não há vulnerabilidade das partes, significaria grande desestímulo à prática do comércio entre entes de grande porte, que não necessitam de tal proteção. A proteção e a rigidez do Código de Defesa do Consumidor tornar-se-iam verdadeiros entraves à prática do comércio entre pares.

Por fim, o Código Civil, que traz no art. 422 o princípio da boa-fé na conclusão e na execução dos contratos, bem como amplia sensivelmente a responsabilidade civil, a qual, nos termos do parágrafo único do art. 927, é objetiva (verdadeira vala comum da responsabilidade objetiva), poderá acarretar o desinteresse dos consumidores-profissionais em litigar sob o manto do Código de Defesa do Consumidor, pois o novo diploma torna bastante efetiva a proteção de seus direitos, o que não ocorria sob a égide do Código Civil de 1916.

4.1.2 Fornecedor

Se a definição de consumidor gera apaixonante discussão doutrinária e jurisprudencial, havendo opiniões bastante divergentes quanto ao alcance do Código de Defesa do Consumidor, o mesmo não ocorre quanto à definição de fornecedor.

²⁰ Com a promulgação do Código Civil, em 10 de janeiro de 2002, houve a revogação expressa da Primeira Parte do Código Comercial de 1850 (art. 2.046), e, portanto, a matéria referente aos vícios ocultos passa a ser regulada exclusivamente pelo Código Civil. Assim, não há mais qualquer distinção na abordagem da matéria que diferencie as relações comerciais das civis, valendo as regras do Código Civil para todo o direito privado.

O Código de Defesa do Consumidor começa a definir fornecedor, no art. 3º, por suas características subjetivas: pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados.

Será fornecedor a pessoa física que, a título singular, mediante a realização de uma atividade civil ou mercantil, oferecer produtos ou serviços para a comunidade. A nota que deve ser feita diz respeito à **habitualidade**. Tal oferta deverá ser habitual, pois, em não o sendo, estaremos diante de uma relação civil ou comercial.²¹ O sujeito que, após anos de uso de seu carro, resolve vendê-lo, certamente não será fornecedor nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, se o mesmo sujeito tiver dezenas de carros em seu nome e habitualmente os vender ao público, estaremos diante de uma relação de consumo e ele será considerado fornecedor.

Ainda com relação às características subjetivas do fornecedor, deve-se ressaltar que mesmo os entes despersonalizados, como a massa falida, podem ser considerados fornecedores para efeito da lei. Nesse caso, sociedades de fato, por exemplo, entes despersonalizados por excelência, não escapam aos efeitos do Código de Defesa do Consumidor, pois também são consideradas fornecedoras. Entretanto, concordamos com a ressalva de BRITO FILOMENO²² com relação aos condomínios e às associações desportivas, que são apenas universalidades de direito. Nesses casos específicos, não estamos diante de fornecedores de serviços, mas de entidades associativas cujos objetivos vêm definidos em seus estatutos e cujos rumos são estabelecidos pelo Conselho Deliberativo. Em resumo, os próprios associados-membros deliberam o que será ou não contratado, quais serviços serão adquiridos, o número de funcionários a ser contratado. Nesse caso, a relação é nitidamente de direito comum, regida pelo direito civil, quer seja pelas normas referentes às associações (Código Civil, arts. 53 a 61), quer seja pela Lei nº 4.591/64, referente ao Condomínio e à Incorporação, bem como arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil.

Quanto aos critérios objetivos, o art. 3º arrola as condutas dos fornecedores: desenvolver atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação e exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A natureza da atividade do fornecedor de produtos é detalhada pelo dispositivo de lei que minuciosamente descreve suas condutas. Trata-se de condutas

21 Em decisão referente à compra e venda de veículo entre particulares, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo resolveu aplicar normas do Código de Defesa do Consumidor, o que leva a crer que o vendedor atuava com habitualidade em certo ramo de atividade. Ementa: "VÍCIOS REDIBITÓRIOS – Compra e venda – Veículo – Indenização por despesas realizadas – Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90 – Hipótese em que o apelado não conseguiu demonstrar a sua inexistência e nem impugnou o valor do conserto – Restituição da importância despendida com a reparação determinada – Recurso provido para esse fim (LTACSP, Lex, 149:168)."

22 BRITO FILOMENO, José Geraldo de. *Código brasileiro...* Op. cit. p. 38.

referentes a atividades evidentemente profissionais. Já com relação aos *serviços*, a lei optou por uma forma concisa, apenas indicando, no § 2º do art. 3º, que serviço é a atividade remunerada.

Assim, independentemente da qualidade do que presta o serviço – profissional ou não –, havendo remuneração e habitualidade, o Código de Defesa do Consumidor considera-o fornecedor e a relação, de consumo. A intenção do legislador foi, certamente, possibilitar a inclusão do maior número possível de prestadores de serviços no conceito de fornecedores, os quais, portanto, terão suas relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor. Oportuno repetir que o prestador de serviços deverá exercer sua atividade remunerada habitualmente e, se assim não for, estaremos diante de uma relação de direito comum.

4.2 QUANTO AO OBJETO

4.2.1 Produto

Conforme o § 1º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Se o próprio Código de Defesa do Consumidor opta por definir produto como qualquer bem, podemos considerar que, para as relações jurídicas de consumo, bem e produto têm idêntico significado. Ainda que procedentes as críticas sobre a utilização do termo *bens* no lugar de *produtos*, sendo mais adequada porque mais abrangente, parece-nos clara a intenção do legislador de utilizar as expressões como sinônimas.

Assim, podemos buscar no Direito Civil a definição de bens:

*“Para a economia política, bens são aquelas coisas que, sendo úteis ao homem, provocam a sua cupidez e, por conseguinte, são objeto de apropriação privada. Entretanto, ainda dentro do conceito econômico, nem todas as coisas úteis são consideradas bens, pois se existirem em grande abundância na natureza, ninguém se dará ao trabalho de armazená-las.”*²³

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO²⁴ esclarece, ainda, a diferença entre o conceito filosófico e o significado jurídico do termo:

²³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1: Parte geral, p. 115 ss.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1: Parte geral, p. 135.

“Filosoficamente, bem é tudo quanto pode proporcionar ao homem qualquer satisfação. Nesse sentido se diz que a saúde é um bem, que Deus é sumo bem. Mas, se filosoficamente, saúde, amizade e Deus são bens, na linguagem jurídica não podem receber tal qualificação.

Juridicamente falando, bens são valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação de direito. O vocábulo que é amplo no seu significado, abrange coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas.”

Notamos, assim, que o legislador pretendeu, mais uma vez, alargar o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor quando definiu produto, atribuindo-lhe apenas duas características: a mobilidade e a materialidade.

Com relação ao critério de classificação da mobilidade, a lei civil, nos arts. 79 a 81, indica os que são imóveis, sendo móveis os demais, por exclusão, acrescidos dos definidos no art. 82 e apontados nos arts. 83 e 84 do Código Civil.²⁵

Quanto à materialidade do bem, faz-se referência a um atributo físico dele: ser palpável ou não. O bem que se sente com o tato é material, tangível. Os demais são imateriais, pois são intangíveis. Os direitos são bens intangíveis por excelência.

Para fins do Código de Defesa do Consumidor, produto é qualquer bem utilizado ou adquirido pelo consumidor para satisfação de sua necessidade.

4.2.2 Serviço

Conforme dispõe o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, serviço é *“qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, também as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”*.

Serviço significa atividade que decorre de uma ação humana e as ações humanas esgotam-se após serem praticadas.

²⁵ “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou destinação econômico-social.”

“Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I – as energias que tenham valor econômico;

II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.”

A idéia de não-alteração da substância ou da destinação econômico-social dos bens quando de sua remoção que vem presente no art. 82 não se encontrava no art. 47 que tratava da matéria no Código Civil de 1916. Ainda, sai do rol previsto no Código Civil os direitos de autor (art. 48, III, do Código Civil de 1916).